

INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD MATRIMONIAL

Discurso leído el día 21 de Noviembre de 2003 en la Sesión Inaugural del Curso
Académico 2003-2004

Por el Excmo. Sr. D. MARIANO LÓPEZ ALARCÓN
Académico de número de la Real Academia de Legislación y
Jurisprudencia de Murcia

1. INTRODUCCIÓN

Siguiendo el orden de antigüedad en la incorporación a esta Real Academia me corresponde pronunciar la lección de apertura del presente curso académico. Sin titubeos me decidí a exponer un tema que fuera cumplimiento de un deber que desde hace mucho tiempo me punzaba en el fondo de mi conciencia y que no es otro que mostrar de manera ostensible mi gratitud al Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. En primer lugar porque con motivo de asumir yo el encargo que me hizo el Instituto San Raimundo de Peñafort de organizar la celebración en Murcia de la XVIII Semana de Derecho Canónico en el año 1978 recibí una plena colaboración del citado Colegio, a la sazón presidido como Decano por el Excmo. Sr. D. Francisco Martínez Escribano, en términos tales que se hizo merecedor de que se le reconociera el éxito de aquella reunión científica, que contó también con la ayuda valiosísima de la Universidad de Murcia, bajo cuyo patrocinio y en sus instalaciones se celebro la expresada Semana, de la Diputación Provincial, del Ayuntamiento y de las Cajas de Ahorro, que también contribuyeron al señalado éxito. Poco tiempo después me distinguió el Colegio con el nombramiento de Colegiado de Honor de tan selecta Corporación y, posteriormente, habiendo impulsado el mencionado Colegio la creación en Murcia de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia tuve la satisfacción de ser elegido Vocal de la primera e interina Comisión Gestora que se votó por la Junta de Gobierno del Colegio para regir la Academia en aquella difícil etapa inmediata a su constitución. Se comprende que mi gratitud hacia el Ilustre Colegio de Abogados siga perdurando y que se extienda a los abogados murcianos por la excelente acogida y amistad que siempre me dispensaron como juez, como compañero, como Catedrático de la Universidad y como Académico.

Esta es la causa principal de que la presente lección se relacione con la profesión de abogado al llevar por título “La intervención de abogado y el derecho de defensa en el proceso canónico de nulidad matrimonial”. Se trata de un tema muy debatido por la canonística que gira en torno a la presencia de abogado en las expresados procesos y que ahora cobra nuevos perfiles desde que el nuevo Código de Derecho Canónico de 1983 acogió con rango de derecho fundamental el derecho de defensa en los procesos canónicos.

La cuestión tiene especial interés porque durante los últimos decenios se observa la creciente participación en los procesos canónicos de nulidad matrimonial de abogados civiles, formados en Universidades seculares. En España, en el período inmediatamente anterior a la promulgación de la Constitución de 1978, ante la práctica generalizada de formalización del matrimonio ante la Iglesia que derivó socialmente hacia la naturaleza canónica de la inmensa mayoría de los matrimonios celebrados en España, comenzaron los cónyuges a solucionar sus graves crisis matrimoniales compareciendo ante los Tribunales eclesiásticos en solicitud de la declaración de nulidad de sus vínculos matrimoniales.

Esta eclosión de peticiones de nulidad canónica se produjo por dos razones, de una parte la gran extensión del divorcio civil en casi todo el mundo como instrumento para solucionar las situaciones de ruptura lo que incitó a muchos de los casados canónicamente en España, que eran casi todos los unidos en matrimonio, a recurrir también a una salida legal que pusiera fin a situaciones anómalas de muchos cónyuges separados que, en bastantes supuestos, convivían maritalmente en régimen de pareja de hecho con quienes deberían ser sus cónyuges si hubieran podido acceder al divorcio civil, que nuestras leyes prohibían (art. 104 del Código civil); y, de otra parte, se introdujo una tímida apertura de los Tribunales eclesiásticos, la Rota Romana entre ellos, con un sensible aumento de la declaración de nulidades matrimoniales al aceptar la jurisprudencia, con fundamento en el Derecho natural, dos nuevos capítulos de nulidad introducidos posteriormente por el nuevo Código: el error de cualidad de la persona y la incapacidad psicológica por defecto de discreción de juicio y/o para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio¹.

Después de la Constitución española, cuando la ley de 7 de julio de 1981 modificó el Código civil e introdujo el divorcio incluso para los casados canónicamente², empezaron a incoarse en número creciente procesos de separación y de divorcio ante los Jueces civiles españoles, a la vez que numerosas parejas matrimoniales acudieron a la vía canónica para mantenerse con regularidad en el seno de la Iglesia

¹ M. López Alarcón, en López Alarcón y Navarro Valls, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6ª edición, Madrid, 2001, pp. 173 ss

² M. López Alarcón, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, pp. 197 ss.

católica mediante la anulación de sus respectivos matrimonios, pues los Tribunales eclesiásticos habían entrado de lleno en la apertura de tratamiento de las nuevas causas para la declaración de nulidades, incluso en algunas modalidades tan polémicas como la nulidad por incapacidad psicológica relativa.

Artífices cualificados de estas soluciones de conflictos matrimoniales han sido los abogados civiles, que fueron los que plantearon estos procesos de nulidad con estrategias renovadoras, tanto en la jurisdicción civil como en la eclesiástica, con decisión, estudio y constancia. Sin embargo, la proliferación de procesos de divorcio dio lugar a una acumulación de situaciones irregulares en el orden canónico que contribuyó al alejamiento de numerosos fieles de la Iglesia y constituyó motivo de que los abogados cayeran bajo sospecha y prevención desde el lado eclesiástico, como lo habían sido antes cuando algunos participaron en la fuga de causas hacia tribunales benignamente proclives a conceder nulidades, más bien por imperativo de una pastoralidad mal entendida que por observancia de las normas canónicas. ¿Guardaba relación esta actitud recelosa con la presencia masiva de los abogados civiles en los procesos de divorcio?. Yo estoy convencido de que las autoridades judiciales canónicas han sabido respetar escrupulosamente la libertad de conciencia profesional de los abogados y, por ello, no se conoce que hayan circulado listas negras por este motivo. Se trata más bien de un difuso sentimiento colectivo que ha ido evolucionando a través de las diversas épocas históricas. Como ha escrito el Auditor de la Rota Española, el Prof. Santiago Panizo Orallo, a lo largo de la Historia la actitud de la Iglesia hacia el abogado ha ido variando: en el primer milenio, durante la estela del Derecho romano, el abogado fue mirado con estima y confianza; en el segundo milenio se sustentaron algunas reservas y reticencias. Hoy creemos -añade- que se deben revisar los fundamentos de tales previsiones negativas y reconocer que, si bien existen malos abogados como existen malos jueces, también se dan –y en abundancia- abogados honestos, competentes, comedidos en sus exigencias económicas y que buscan la cooperación con la verdad por encima o, al menos, a la vez que el interés por el cliente³. Y otro autor escribe que, para superar estos prejuicios no es la mejor solución, preferida por algunos tribunales, “que no intervengan los abogados considerando que la ayuda que los abogados ofrecen a las partes ocasiona dificultades al tribunal, por ejemplo, porque exigen que los términos procesales sean respetados”⁴.

Pero, siempre retornarán las críticas a la profesión forense, cuyo drama, por decirlo así, radica en estar situado el abogado en una posición intermedia entre la parte y el juez, o, si se prefiere, entre el particular y la autoridad, de tal guisa que

³ S. Panizo Orallo, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999, p. 92

⁴ F.J.Ramos, *Considerazioni sulla necessità dell'intervento degli avvocati nei processi di dichiarazione di nullità del matrimonio canonico*, en “*Ius Ecclesiae*”, X-1(1998), p. 229

puede suceder –y en realidad ha sucedido– o que los particulares, sintiéndose exaltados en sus libertades y en sus facultades, hayan entendido que pueden prescindir, sin más, del abogado, o bien, ha sucedido con más frecuencia que una exaltación de los poderes de la autoridad haya encontrado su medida adecuada en presionar sobre el ejercicio de la profesión forense entendida como instrumento de facilitación de las reivindicaciones de los particulares. El fenómeno del primer tipo se muestra como ejemplo evidente en la revolución francesa al permitirse que cualquier ciudadano pudiera comparecer personalmente ante el juez. El segundo de aquellos fenómenos se produjo en la Prusia de Federico el Grande, quien abolió sin más las profesiones legales y confió las funciones de la defensa a un consejero nombrado por el Tribunal entre sus miembros⁵.

A mi juicio, la irrupción en los Tribunales eclesiásticos de los abogados seculares de formación civilística, con su estilo peculiar en las intervenciones procesales, ha causado cierta prevención entre los jueces más apegados a las formulas tradicionales de las relaciones del juez con los abogados y al tratamiento eclesial de estas causas. En la actualidad están superadas las actitudes de algunos canonistas que, con la mejor intención, recomendaban la exclusividad del abogado-sacerdote en las causas matrimoniales, de edad madura, de juicio probado, con sólidos estudios en filosofía, teología, derecho canónico y derecho civil, ya formado en el proceso eclesiástico sin ser procesalista, que no tenga necesidad para vivir de abogar en causas matrimoniales, teniendo la posibilidad de conservar un ministerio espiritual compatible con su ministerio judicial⁶. Hoy, por el contrario, se evitan discriminaciones con la fórmula de constituir elencos de abogados y procuradores públicos, tanto clérigos como laicos y laicas, dando a las partes la posibilidad de elegir entre ellos⁷. Con la práctica habitual se han ido salvando las suspicacias de antaño hacia el abogado y hoy se reconoce la importante labor que desarrollan ante la jurisdicción eclesiástica, contribuyendo a que se conformen dialécticamente las líneas sustantivas del proceso en la tensión entre criterios de las partes y criterios del Juez. Las ventajas derivadas del servicio del abogado son importantes: facilita la defensa de los intereses de las partes (*ius defensionis*), ayuda al ministerio judicial, colaborando en la obligación institucional de adecuar la verdad formal a la sustancial (*favor veritatis*); y agiliza la actividad de las partes y de los jueces en el cumplimiento de su papel en el proceso (economía procesal)⁸. Ahora se respeta la dignidad, autonomía y libertad profesional del abogado, a la vez que éste ha tomado conciencia de que

⁵ L. de Luca, *L'avvocato tra il privato e l'autorità nell'ordinamento canonico*, en "Scritti varii", vol I, Padova, 1997, pp. 467-468.

⁶ A. Jullien, *Juges et avocats des tribunaux de l'Église*, Roma, 1970, p. 35, nota 22

⁷ J. Ochoa, *La figura canónica del procurador y abogado público*, en AA.VV., "Dilexit Iustitiam". Studi in honorem Aurelii, Card. Sabbatani, Città del Vaticano, 1984, p. 266.

⁸ F.J. Ramos, ob. cit., p. 288.

en los procesos declarativos de nulidad matrimonial, tan importante como la defensa de la posición procesal y de los intereses del cliente, es cooperar en la búsqueda de la verdad objetiva o material para que la situación real del matrimonio sea confirmada por la sentencia judicial, cooperación que es indispensable en el proceso, pues, como decía Juan Pablo II en su discurso a la Rota Romana el 4 de Febrero de 1989, cada una de las partes que interviene en el proceso “dirá su verdad, que normalmente será la verdad objetiva o una parte de ésta, considerada frecuentemente desde distintos puntos de vista, coloreada con el tinte del temperamento propio y hasta quizá con alguna alteración, o también mezclada con errores; pero en cualquier caso todos deberán actuar lealmente sin traicionar la verdad que ellos creen objetiva, ni tampoco la propia conciencia”

Por otro lado, es cierto que en bastantes países, sobre todo del tercer mundo, faltan abogados preparados en Derecho matrimonial canónico para acceder debidamente a los Organos judiciales de la Iglesia, como faltan eclesiásticos con los debidos conocimientos y experiencia para desempeñar los oficios de juez, defensor del vínculo y otros necesarios para el buen funcionamiento de los tribunales; pero no es éste el caso de España en donde va creciendo el numero de abogados que se especializan en esta disciplina, porque en sus estudios universitarios cursaron la asignatura de Derecho canónico. como materia obligatoria, con especial dedicación al Derecho matrimonial y en los nuevos planes sigue ofertándose como disciplina optativa, materia que también es atendida por las Escuelas de Práctica Jurídica. Algunos de estos profesionales han ampliado sus conocimientos con la Licenciatura en Derecho Canónico o asistiendo a Cursos y Masters organizados por la Rota Española o por Universidades Pontificias y de la Iglesia, siendo muy prestigiosos los Cursos bianuales de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del Foro, que organiza la Universidad Pontificia de Salamanca, o el Master en Derecho Matrimonial Canónico de la Universidad Pontificia de Comillas y los Cursos de Actualización de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. También son de interés las reuniones y publicaciones científicas a cargo de la Asociación Española de Abogados de Familia, con Secciones en numerosos Colegios de Abogados, y las de estos mismos Colegios que organizan Cursos propios para la formación de sus miembros.

Por estas y otras razones que están en la mente de todos, traer aquí a colación la organización de la abogacía que actúa ante los tribunales eclesiásticos, así como el ser y el hacer del abogado matrimonialista, es asunto siempre interesante para los letrados, sobre todo para quienes participan habitualmente o pueden ser llamados a participar en las causas de nulidad matrimonial. Ante la gran extensión del tema propuesto me voy limitar a presentarles tres puntos concretos: la peculiar regulación de la intervención de abogado en las causas matrimoniales de nulidad, la tutela de sus legítimas intervenciones procesales como constitutivas del derecho de defensa

en un proceso justo, y la consecuente nulidad de las resoluciones canónicas que hubieren denegado este aspecto forense del derecho de defensa. Solamente me referiré a la abogacía ante los Tribunales diocesanos, con algunas referencias a la Rota de la Nunciatura de Madrid, que son los frecuentados por nuestros abogados, por lo que omitimos el estudio del régimen jurídico de los Abogados de la Rota Romana, Abogados de la Curia Romana y Abogados de la Santa Sede *ad utrumque forum*, *pro canónico foro* y *pro civili foro*, todos ellos establecidos en Roma.

2. EL ESTATUTO CANÓNICO DEL ABOGADO

El Código de Derecho Canónico vigente regula los aspectos esenciales del ejercicio de la abogacía ante los Tribunales eclesiásticos (cans. 1481 a 1490), entre ellos el *ius postulandi* o derecho a postular ante los tribunales de justicia formulando ante ellos peticiones y pretensiones de justicia, que se atribuye de modo directo e inmediato a la propia parte litigante como *dominus litis*, cuando goza de la capacidad procesal (autodefensa). Esta atribución inmediata presenta muy serios inconvenientes, como la falta de capacidad técnica de la parte litigante, las dificultades para comunicar con el tribunal de manera científica y ágil, la posible desigual capacidad de postulación entre las partes cuando solamente una de ellas litigue bajo la dirección técnica de abogado y, por último, la utilidad de la interposición en el proceso, entre juez y parte, de profesionales que saben configurar un contradictorio serio y cualificado en donde los intereses de las partes se benefician, con todas las garantías, de un buen tratamiento jurídico. Por estas y otras razones el *ius postulandi* de la parte puede y debe cederse a terceros cualificados, cuales son los procuradores y los abogados quienes, en virtud de aquella cesión adquieren la condición de titulares indirectos y mediatos de tal derecho, aquél con funciones de representación y éste de asistencia técnica, que pueden ser acumuladas en el abogado por su mayor capacitación, tal como disponía el CIC17 y sobre lo que guarda silencio el vigente, por considerarlo superfluo la Comisión revisora, pero que, al no prohibirse, es susceptible de continuar admitiéndose la acumulación, como en la práctica viene sucediendo habitualmente⁹.

Las funciones de uno y otro están bien diferenciadas: el procurador actúa en nombre de la parte representada y el abogado en nombre propio, aunque siempre a favor de su parte, caracterizándose porque sus aportaciones al proceso requieren la contribución de su ciencia, de su experiencia y de su creatividad personal. Las funciones del procurador, aunque importantes, son más elementales y rutinarias, como presentar escritos y documentos, recibir notificaciones, llevar a cabo los aspectos

⁹ C. De Diego-Lora y R. Rodríguez-Ocaña, *Lecciones de Derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona, 2003, pp. 213 y 219-220.

formales de las pruebas, pedir actuaciones de mero trámite y, en general, cuidar del desenvolvimiento regular del procedimiento en lo que concierne al interés común y de su parte. Al abogado le corresponde actuar sobre el contenido de los diversos actos procesales y particularmente la redacción de los escritos fundamentales de la demanda (can. 1504) o de la contestación (can. 1513 §1) y reconvencción (can. 1494), en su caso, la proposición de las pruebas y el fondo de su práctica (can. 1527), así como participar en los debates procesales dando contenido a sus intervenciones; promueve los incidentes o se opone a ellos (can.1588); toma vista de las actas (can-. 1598); redacta las defensas (cans. 1602 y 1603) y, en general desempeña los cometidos de dirección técnica del proceso, conforme a las normas jurídicas, los intereses de su parte y los fines del proceso canónico. Otras funciones muy importantes son la consulta técnica en materia jurídica y la mediación entre partes en conflicto tanto fuera como dentro del proceso¹⁰.

Esta regulación del *ius postulandi* comienza con la constitución de la procura y de la abogacía mediante libre designación por la parte cuando ésta no prefiere comparecer en juicio personalmente. El Código de Derecho Canónico vigente regula los aspectos esenciales del ejercicio de la abogacía ante los Tribunales eclesiásticos (cans. 1481 a 1490), correspondiendo al Obispo a quien compete moderar el Tribunal, dictar normas acerca de la compensación de costas, los honorarios de procuradores, abogados, peritos e intérpretes, así como la indemnización de testigos; la concesión del patrocinio gratuito o reducción de costas; resarcimiento de daños a la parte del abogado que litigó temerariamente y perdió el pleito, y, por último, la garantía que se ha de prestar sobre el pago de costas e el resarcimiento de daños (can. 1649).

Cuando al oficio de abogado se le acumula el de procurador ha de acreditar que cuenta con mandato auténtico, es decir, otorgado ante notario eclesiástico o civil, aunque en la práctica viene admitiéndose el autenticado en cuanto a la firma por una autoridad de la Iglesia, como es un Párroco. Es un *mandatum ad lites*, es decir, para una instancia o proceso concretos, o para todos los procesos, no bastando un mandato genérico de gestión de todos los actos del mandante. Se configura como un contrato de prestación de obra y, por supuesto, de representación de la parte en el juicio lo que se manifestaba explícitamente en el derogado de 1917 con la denominación de *speciale mandatum ad lites scriptum*. Cuando se nombra por el Juez el abogado-procurador o patrono hay un mandato de derecho público eclesiástico que establece aquella misma relación entre la parte y el abogado, como sucede en los

¹⁰ J.Llobell, *Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico* en "Ius Ecclesiae", 2000, pp. 88 ss.; Idem, *Il patrocinio forense e la "concezione istituzionale" del processo canonico*, en AA.VV., "Il processo matrimoniale canonico", Città del Vaticano, 1994, pp. 439 ss.

supuestos de justicia gratuita o de nombramiento de un abogado de los incluidos en el elenco de patronos estables¹¹.

El can. 1485 exige mandato especial para renunciar a la acción, a la instancia o a los actos judiciales; realizar transacción, pacto o compromiso arbitral y, en general, aquéllo para lo que el Derecho requiere mandato especial. No puede ser conferido por el juez que nombra al patrono de oficio, pues el mandato especial es por su naturaleza estrictamente fiduciario y, por lo tanto, rebasa los meros motivos publicísticos por los que puede ser nombrado el patrono de oficio, tal como reconoce la jurisprudencia rotal¹².

Incluso está previsto por el can. 1484 §2 que, para impedir la extinción de un derecho, el juez puede admitir a un procurador (o abogado-procurador) aunque no presente el mandato, exigiéndole la debida garantía, si lo cree oportuno; pero, el acto carece absolutamente de eficacia en el caso de que el procurador no presente el mandato legítimo dentro del plazo perentorio fijado por el juez. Se trata de un supuesto de gestión de negocios ajenos sin mandato (*negotiorum gestio*) que tiene su regulación en los arts. 1888-1894 de nuestro Código civil, los cuales rigen también en la sociedad eclesiástica de acuerdo con la remisión general que hace el can. 1290 a "lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular (...)".

El abogado, acumule o no la procura, necesitaba también bajo la vigencia del CIC17, antes de aceptar la defensa de una causa, recibir de la parte o del juez una comisión semejante al mandato del procurador (can. 1661), pero esta exigencia se ha suprimido en el CIC83, por lo que la comisión se entiende implícitamente contenida en el mandato procuratorio cuando se hace a un abogado-procurador o, si actúan separadamente, habrá que entender que se ha comisionado por la parte al abogado que actúa en el proceso mientras aquella no lo rechace.

Los requisitos que debe reunir el abogado para ser aceptado en los Tribunales eclesiásticos son los siguientes:

Ha de ser persona (hombre o mujer) mayor de edad y de buena fama; además debe ser católico, a no ser que el obispo diocesano permita otra cosa, y doctor o, al menos, verdaderamente perito en Derecho canónico, así como contar con la aprobación del mismo Obispo (c. 1483). Antes de iniciar sus funciones debe prestar

¹¹ D. De Diego-Lora, *Nota al can. 1484*, en "Código de Derecho Canónico, anotado por el Instituto Martín de Azpilcueta", sexta edición, Pamplona, 2001; C. Gullo, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Città del Vaticano, 2001, pp. 53 ss.

¹² Decreto *coram* Boccafoli, de 25 julio 1989, num. 16 y Decreto *coram* Burke, de 13 diciembre 1989, num. 9, citas de C. Gullo, *Prassi.....*, ob. cit., p. 55, nota 29.

juramento, por su condición de colaborador del Tribunal (c. 1454). En la Rota Española pueden ejercer los cargos de procurador y abogado los de la Rota Romana y todos aquellos que hayan sido admitidos por el Nuncio Apostólico a ejercer estos cargos, y en especial los que hicieron cursos organizados por la Rota española. Han de estar inscritos en el catálogo de abogados y procuradores para ejercer habitualmente dichos cargos; el Nuncio apostólico, según su prudente arbitrio y conciencia, podrá conceder excepciones a esta norma, pero solamente por alguna causa determinada (arts. 41 y 42 de las “Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España, de 2 de Octubre de 1999).

Se ha llamado la atención sobre el alto grado de discrecionalidad que se introduce en la selección de abogados eclesiásticos cuando se exige, por un lado, que sean personas de buena fama, y por otro que sean verdaderamente peritos en Derecho canónico. Por lo que respecta al primero de estos dos requisitos, la buena fama es el eco que la persona produce en la opinión pública y, conforme al can. 220 debe ser siempre respetada, no siendo lícito lesionarla ilegítimamente, es decir, que tiene límites de legalidad que permiten valorar comportamientos abusivos y juzgarlos conforme a las normas canónicas, cuidando también de no violar el derecho de cada persona a proteger su propia intimidad, como dispone el mismo canon. Pero no se requiere, ni una extraordinaria integridad de vida cristiana, ni una activa participación en la vida de la comunidad eclesial, requisitos que sí se exigen por el Motu proprio “Iusti iudicis” (art. 3,1) para los abogados de la Curia Romana¹³.

Y por lo que concierne a la competencia científica y experiencia forense solamente se requiere que, si descartamos a los doctores en Derecho canónico, que son muy escasos y no suelen ejercer ante Tribunales diocesanos, basta que el abogado sea verdaderamente perito en Derecho canónico, lo que, en rigor, no exige la posesión de ningún grado académico, siendo suficiente la pericia de facto en Derecho canónico, lo que tampoco es usual en España ni en nuestro entorno occidental. Creo que no se trata de someter a estos peritos jurídicos a evaluaciones rigurosas para ser admitido como abogado-perito y que se deben valorar por encima de todo los títulos de estudios constatados de dicha disciplina obtenidos en seminarios, noviciados, escuelas rotales de estudios procesales canónicos, diplomados por Escuelas de Práctica Jurídica, licenciaturas en Universidades civiles en donde se haya cursado la asignatura de Derecho canónico, troncal u optativa, y, por supuesto, la licenciatura en Derecho canónico por una Universidad de la Iglesia, pontificia o simple-

¹³ Véase: F. Della Rocca, *La partecipazione dell'avvocato nel processo matrimoniale canonico*, en “Nuovi saggi di Diritto processuale canonico”, Padova, 1988, pp. 194 ss.; L. Spinelli, *L'avvocato nel processo matrimoniale canonico*, en Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1976, pp. 9 ss.

mente católica. También debe evaluarse la asistencia a Cursos, Masters, Congresos y demás reuniones científicas¹⁴.

El abogado tendrá que cumplir los deberes de asistir con diligencia y lealtad a la parte procesal que le ha confiando su defensa, guardar el secreto profesional, tratar con respeto al tribunal y los demás oficiales que intervienen en el proceso, cooperando con el tribunal en la búsqueda de la verdad y de la justicia. También minutará sus honorarios teniendo en cuenta los aranceles establecidos para la Diócesis y los criterios orientadores establecidos por los respectivos Colegios de Abogados. No sería justo referirse solamente al arancel del tribunal diocesano para calificar si los honorarios son excesivos, pues no deben medirse con la misma vara los honorarios que debe percibir en justicia un abogado, ya que es muy variable según el desarrollo económico del país, la solvencia de la parte que lo contrató, la complejidad de la causa, la preparación científica y experiencia del abogado y otras circunstancias¹⁵. Si está inscrito en el elenco de abogados del tribunal se le va a exigir que atienda a los litigantes que sean beneficiarios del patrocinio gratuito o semigratuito, cuya regulación se remite al can. 1649, §1, num. 3, a cuyo tenor “el Obispo, a quien compete moderar el tribunal, ha de dictar normas acerca de (.....) la concesión del patrocinio gratuito o de la reducción de costas”. Es un texto que necesita de adecuado desarrollo mediante Derecho particular diocesano, en el que se determinen los requisitos que ha de reunir el beneficiario, el procedimiento a seguir y la financiación para atender la economía del servicio de patrocinio gratuito, regulación que debería completarse con convenios de colaboración suscritos por cada Diócesis con los respectivos Colegios de Abogados¹⁶. Si los abogados figuran en el elenco de patronos estables no percibirán emolumentos de la parte, sino del Tribunal y seguirán las instrucciones de éste en lo que concierne a la disciplina en los Tribunales. Los procuradores y abogados que actúan en la Rota Española están obligados a defender gratuitamente a los pobres (art. 45 de las Normas orgánicas y procesales).

El cargo de abogado es incompatible en la misma causa, en otra instancia, con el cargo de Juez, incompatibilidad que procede del Derecho romano y que fue per-

¹⁴ Véase: J.L. Acebal Luján, *Abogados, procuradores y patronos ante los tribunales eclesiásticos españoles*, en “Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro”, X, Salamanca, 1992, pp. 576 ss.; J.L. Méndez Rayón, El “*vere peritus*” del canon 1483, en “*Apollinaris*”, 1988, 1-2, pp. 99 ss.

¹⁵ C. Gullo, *Prassi*....., ob. cit., p. 60

¹⁶ Véase: F. Aznar Gil y R. Romás Sánchez, *El patrocinio gratuito, o asistencia jurídica gratuita, en los Tribunales eclesiásticos españoles*, en AA.VV., “Estudios de Derecho matrimonial y procesal en homenaje al Prof. Dr. D. Juan Luis Acebal Luján”, Salamanca, 1999, pp. 448 ss.. En relación con el CIC17: A.M. Arena, *Il gratuito patrocinio e l'assistenza giudiziaria nel Diritto canonico e nelle più importanti legislazioni moderne*, en “*Ephemerides Iuris Canonici*”, 1963, pp. 247 ss.

filada por la canonística hasta su inclusión en el Código de 1917, referida solamente al juez (canon 1571), aunque por vía de abstención o recusación se establecía la misma incompatibilidad de abogado y juez, (cans.1613 y 1614)¹⁷. En el nuevo Código se ha ampliado el contenido personal de la incompatibilidad y el tema se ha independizado de los supuestos de abstención y recusación del juez, pues dispone el can. 1447: “Quien ha intervenido en una causa como juez, promotor de justicia, defensor del vínculo, procurador, abogado, testigo o perito, no puede después válidamente definir como juez la misma causa en otra instancia o desempeñar el oficio de asesor”.

Los abogados han de observar las tres prohibiciones que establece el canon 1488: la primera comprar el pleito (*emere litem*); la segunda la reivindicación de una parte litigiosa (*quota litis*); y el tercero pactar honorarios excesivos (*palmarium*). En los tres casos se dispone que el pacto es nulo y pueden ser sancionados con multa por el juez. Además, el abogado puede ser suspendido de su oficio o, si es reincidente, eliminado del elenco de abogados por el obispo de quien depende el Tribunal. Un insigne Abogado rotal, Carlos Gullo, pone en guardia contra una interpretación rigurosa de estas prohibiciones que pueden tener en ciertos casos una justificación en la libertad contractual de la parte y su abogado y que en el ordenamiento civil carecen de relevancia¹⁸.

Otra prohibición que establece el mismo can. 1488, §2 y que lleva consigo una sanción indeterminada (“del mismo modo pueden ser sancionados los abogados y procuradores”) es la que ha dado en llamarse “fuga de causas”, que tiene lugar cuando, con fraude de ley, aquellos profesionales sustraen causas a los tribunales competentes para que sean substanciadas por otros de modo más favorable. Por consiguiente, es lícito que los abogados puedan valerse de la pluralidad de fueros que establece el can. 1673 para las causas de nulidad matrimonial; lo que se prohíbe es introducir fraudulentamente el proceso en un tribunal que se sabe de antemano que practica una extremada benignidad en la concesión de nulidades y que, complaciente con las tramas urdidas o ignorantes de ella (falsedades documentales, ocultación de pruebas contrarias o de situaciones personales que no se corresponden con las causas de nulidad alegadas, generalmente incapacidades psicológicas) aceptan la tramitación de estas causas con resultado favorable a la nulidad solicitada por el cliente, mediando regalos, promesas, honorarios excesivos o cualquier otra dádiva. En todos estos casos dispone el can. 1489 que estos abogados, que prevarican de su oficio, han de ser suspendidos de su patrocinio. García Failde se pregun-

¹⁷ Véase el estudio de I. Pérez Heredia, *Abogado o procurador y juez. Estudio histórico-canónico y problemática de la nueva codificación*, en “Anales Valentinus”. 1977, pp. 193 ss.

¹⁸ C. Gullo, *Prassi.....*, ob. cit., pp. 59-61.

ta por qué no se sanciona también a los miembros de los tribunales que aceptan causas que no son de la competencia del tribunal y qué sentido tiene que se sentencie de modo más favorable que lo hacen otros tribunales¹⁹. Declino responder a estas preguntas porque Vds., aleccionados por la experiencia profesional, probablemente sabrían contestar mejor que yo

Pero el tema de la fuga de causas y el mismo can. 1489 §2 han derivado perniciosamente hacia una clasificación de los tribunales eclesiásticos en tribunales rigurosos o estrictos y tribunales benévolos o progresistas, aquéllos que restringen rigurosamente la constancia de nulidad matrimonial y éstos que sentencian favorablemente las causas de nulidad y facilitan con cierta ligereza la nulidad del vínculo, todo ello con el pretexto de un falso humanismo o una mal entendida compasión u caridad pastoral. Se trata de posiciones extremas que no son exponente de la búsqueda de la verdad y de la justicia como fines que deben resplandecer en el proceso canónico²⁰ y constituye una grave anormalidad en el funcionamiento de algunos tribunales la escasa atención que se presta al principio de igualdad en la aplicación de la ley canónica, pues en sentencias o decretos de un mismo tribunal varían radicalmente los criterios que fundamentan jurídicamente las decisiones sobre casos iguales, como si prevaleciese la preferencia del ponente de la causa, diferencias más acusadas cuando se comparan decisiones emanadas de tribunales distintos.

Por último, cesan en sus respectivos cargos los abogados y los procuradores por muerte del mandante o del mandatario, revocación del mandato que se le hubiere otorgado, por terminación de su mandato y por remoción acordada por el juez mediante decreto (cans. 1486, §1 y 1487). La revocación significa un acto personal del mandante que deja sin efecto la representación conferida. No se exige solemnidad alguna cuando tiene lugar antes de la contestación a la demanda y va implícito, según se deduce del can. 1486 §1, en la intimación o notificación que se hace al mandatario, bien privadamente dejando constancia indubitada de la misma o bien mediante notario eclesiástico o judicial. Si ya se ha contestado la demanda la notificación habrá de hacerse al juez y a la parte contraria a través del Tribunal como un acto más del proceso, puesto que éste se interrumpe hasta que sea nombrado nuevo procurador por la parte o por el juez cuando aquélla descuide el nombramiento (can.1519). Del mismo modo que el mandato al abogado-procurador lleva implícita la comisión para la defensa jurídica, la remoción del mandato opera del mismo modo sobre la comisión

¹⁹ J.J. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, Salamanca, 1995, p. 52; F. Della Rocca, *La partecipazione dell'avvocato....*, ob. cit., p. 2000.

²⁰ G. Delgado del Río, *El divorcio católico. Un sitio a la verdad*, Palma de Mallorca, 1988, p. 320

La remoción, tanto del procurador como del abogado, hayan sido designados privadamente por la parte o de oficio por el juez, puede decidirse por el juez mediante decreto, tanto de oficio como a instancia de parte, pero siempre por causa grave (c. 1487), que deberá ser apreciada discrecionalmente por el juez en decreto motivado, tal como dispone el can. 51. Toda prudencia es poca en este asunto en el que se concitan en el mismo órgano las funciones de juez y de acusador, con riesgo de violación del derecho de defensa cuando la motivación real fuere apartar del juicio a un abogado molesto²¹. Se entiende por la doctrina que son causas graves las que no permiten la inscripción en un elenco, como la apostasía, la pérdida de la buena fama, las sanciones por procedimientos administrativos o penales o la petición que hubiera hecho el procurador o el abogado de cancelación de su inscripción en el elenco, pero también el comportamiento sistemáticamente obstruccionista o engorroso para la administración de justicia y desprecio de la ley, si bien en estos supuestos deberá proceder el juez con gran cautela para que no se corra el riesgo de confundir el obstruccionismo del abogado con la arrogancia del juez, el engorro con la constancia del abogado en defender lo que estima derechos de su parte, lo que puede conducir a destruir el derecho de defensa de la parte a través de actitudes intimidatorias respecto del patrono²². En todo caso contra el decreto que remueve cabe recurso administrativo de alzada ante la correspondiente Congregación Romana y , en su caso, recurso contencioso-administrativo ante la sección segunda del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica.

La terminación del encargo se produce con la sentencia o resolución definitiva en el asunto para el que fue nombrado, pero si son recurribles dichas decisiones el procurador sigue teniendo el derecho y el deber de apelar, mientras el mandante no se oponga (can. 1486 §2), es decir, si se hubiera hecho constar expresamente en el poder o nombramiento, o se le hubiera notificado durante la tramitación del proceso. Lo mismo cabe decir, extensivamente, de otros recursos, como la querella de nulidad o la nueva proposición de la causa

3. LA INTERVENCIÓN DE ABOGADO EN LOS PROCESOS CANÓNICOS DE NULIDAD MATRIMONIAL

El Derecho canónico ofrece a veces en el ámbito procesal alguna extraña particularidad y una de ellas concierne a la intervención de abogados en los procesos. Según dispone el can. 1481 del vigente Código, en el juicio penal es necesaria para

²¹ S. Villeggiante, *L'avvocato nel foro ecclesiastico ed i poteri disciplinari del giudice nelle cause di nullità del matrimoniale*, en "Monitor Ecclesiasticus", 1997, III-IV, pp. 555 ss.; A. Blasi, *La difesa tecnica nel nuovo Diritto processuale canonico*, en "Archivio Giuridico Filippo Serafini", 1985, p. 535.

²² C. Gullo, *Prassi.....*, ob. cit., p. 58

el acusado la comparecencia con abogado, en el juicio contencioso también es necesaria cuando se trata de menores o de un juicio en el cual entra en juego el bien público, con excepción de las causas matrimoniales, y en toda clase de procesos cuando el juez considera necesaria la asistencia de abogado o de procurador. Así, pues, según la letra del expresado canon, parece que en los procesos canónicos de nulidad matrimonial el *ius postulandi* se ejerce en principio de modo inmediato por las partes ya que no es necesaria la asistencia de abogado ni de procurador designados libremente por ellas, por causa de la extraña excepción que se ha introducido en el nuevo Código para que en los procesos de nulidad matrimonial se pueda comparecer en juicio sin abogado, siendo así que los procesos matrimoniales son aquellos en los que está más cualificada la defensa del bien público, tanto por la naturaleza sacramental y social del matrimonio, como por el interés público que tienen los procesos en los que se han de declarar judicialmente situaciones reales que ya existen, con mayor razón si éstas conciernen al estado de las personas. Este interés público no impide que simultáneamente juegue también el interés privado de las partes y por ello el proceso de nulidad se articula como un proceso contencioso, de esencia contradictoria entre partes, con todas las garantías de un proceso justo, entre ellas la asistencia letrada como manifestación concreta del derecho de defensa, en lugar de un procedimiento administrativo de nulidad en donde estas garantías no se habrían reconocido plenamente²³.

Ha de advertirse que la asistencia letrada no opera en el fuero canónico como en el civil, en donde se regula la obligación de comparecer la parte necesariamente dirigida por abogado y no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado (art. 31 de la ley española de enjuiciamiento civil). En el proceso canónico de nulidad matrimonial puede comparecer la parte por sí sola y si no tiene abogado por cualquier razón se le nombrará de oficio por el tribunal, si lo considera necesario (can. 1481 §1), abonándose los honorarios, conforme al pronunciamiento de la sentencia (can. 1611,4º), o, si no hubiere, por la parte auxiliada y si esta se negare o reuniese los requisitos para beneficiarse del patrocinio gratuito, serán a cargo del tribunal según el arancel eclesiástico, sin perjuicio de que la parte reclame la integridad de sus honorarios a la parte que no quiso o no pudo nombrarlo y que no goce de patrocinio gratuito. Lo mismo habrá de observarse para la provisión anticipada de fondos, si el Obispo de la diócesis no ha dispuesto otra cosa, dentro de las atribuciones que le confiere en este punto el can. 1649, §1, num. 5.

²³ Sobre la naturaleza pública y privada del proceso matrimonial de nulidad véase: A. Jacobs, *Le droit de la défense dans le procès en nullité de mariage*, Paris, 1998, pp. 37 ss.; y sobre la administración del proceso canónico de nulidad puede verse: J. Arroba Conde, *Apertura verso il processo amministrativo di nullità matrimoniale e diritto di difesa delle parti*, en "Apollinaris", 2000,3-4. Pp. 763 ss.

En el precedente Código de 1917 no se introdujo excepción ninguna, pues disponía el can. 1655 §2 que “también en el juicio contencioso, si se trata de menores o de un juicio en el cual entra en juego el bien público, el juez ha de nombrar de oficio un defensor a la parte que no lo tiene o, si el caso lo requiere, dará otro más a la parte que ya lo tiene”. No se exceptuaban, pues, las causas matrimoniales como hace el can. 1481, 3 del Código vigente, por lo que algunos autores defendieron, en consonancia con el texto transcrito, que la presencia del abogado era exigida *ad validitatem*, es decir, con efecto anulador del acto procesal celebrado sin la asistencia debida del abogado. Es cierto que no constaba, expresa o equivalentemente, en el texto la advertencia de sanción de nulidad u otras semejantes, siendo así que el can.11 disponía que “únicamente invalidan o inhabilitan aquellas leyes en las cuales expresa o equivalentemente se establece la nulidad del acto o la inhabilidad de la persona”, y de ahí que no faltaron autores y alguna jurisprudencia que sostuvieron que no era necesaria la intervención de abogado en estas causas, pues no había norma de irritación expresa de la sentencia por esta causa. Sin embargo, como escribía el abogado rotal C. Gullo²⁴, leído el canon citado en su integridad se obtiene la certeza de que prevé una disciplina jurídica tan articulada que alguna consecuencia jurídica (la nulidad por atentado contra el derecho de defensa) y no solamente moral es necesario hacerla derivar de dicha lectura. Desde otro punto de vista se afirma que se hace indispensable la asistencia legal (de abogado) en los juicios sobre la validez del matrimonio, ya que la materia recae sobre un problema de bien público²⁵.

La razón de incluir en el nuevo Código la referida excepción excluyente de la necesidad de abogado en las causas matrimoniales se revela en los trabajos preparatorios. En principio no figuraba en los primeros esquemas, que se acomodaban a lo que había establecido el CIC17, pero después se introdujo por la Comisión revisora para evitar el necesario nombramiento de abogado por el juez en caso de que no lo hubiera hecho la parte, pues se adujo que se podrían crear problemas económicos a las diócesis con escasez de recursos al tener que satisfacer los Tribunales los honorarios devengados por estos abogados²⁶. Se ha alegado también por algunos, como justificación de la intervención facultativa de letrado en las causas de nulidad, la desconfianza hacia los abogados porque su estilo no se conforma a la medida tradicional del *usus fori canonici*. Otra objeción fué la inoportunidad de nombrar abogado de oficio al demandado, sobre todo cuando no hay conflicto entre

²⁴ C. Gullo, *Diritto di difesa o difesa del diritto? (Analisi critica della legislazione e della giurisprudenza canoniche sul diritto di difesa)*, en “Il Diritto di famiglia e delle persone”, 1977, p. 303.

²⁵ L. Spinelli, *L'avvocato.....*, ob. cit., p. 5

²⁶ Véase: “Communicationes”, 1970, pp. 181-191; 1978, pp. 209-272; 1979, pp. 67-162; 1984, p. 61 y A. Jacobs, ob. cit., pp. 403 ss.

las partes, lo que sucede con frecuencia, bien porque se asocia el demandado a la pretensión del actor²⁷, bien porque se somete a la justicia del tribunal, bien porque no comparece y se le declara en situación de ausencia procesal. Se añade que la defensa de los derechos de las partes está atendida suficientemente por el juez y por el defensor del vínculo, y también se considera por algunos autores la escasez en ciertas regiones de abogados con preparación suficiente para abogar en este tipo de causas²⁸.

Estos argumentos doctrinales, unos son inciertos y otros tan débiles que no convencen. Es incierto que la defensa de las partes esté suficientemente atendida por el Juez y por el defensor del vínculo, que son oficios con cometido propio independiente e incompatibles con el de abogado. Es lógico que no se designe abogado de oficio en donde no hay efectiva contradicción como consecuencia de la actitud que adopta el demandado, pero ello no quita que siempre que haya contradicción se requiera la asistencia de letrado en los procesos matrimoniales de nulidad. Como antes dijimos; es absurdo privar de la asistencia de abogado en todas las diócesis de todas las naciones porque en algunas haya escasez de ellos debidamente preparados para actuar en estas causas cuando sobran en los países desarrollados. Y, por último, es desacertada la imputación a los abogados civiles de que introducen usos no acordes con los habituales en los Tribunales eclesiásticos en la tramitación de los procesos canónicos cuando, vistos aquéllos usos desde su lado positivo, los abogados contribuyen a densificar el contenido de los procesos, a la vez que se preocupan de garantizar los derechos constitucionales canónicos de los fieles, entre ellos el de defensa, con tanto rigor como suelen hacerlo ante los tribunales civiles.

Se manifestó que el argumento clave para introducir la excepción fue el económico²⁹, que movió a la Comisión revisora a rechazar la posibilidad de que el juez nombrara abogado de oficio cuando la parte no estuviera dispuesta a comparecer personalmente, consciente de su ineptitud forense, para defender su pretensión en un proceso de tan reconocida complejidad en lo sustantivo y en lo procesal. Solamente podrían contar con el auxilio de abogado quienes obtuvieran el beneficio de gratuito patrocinio, lo que llevaría a situaciones personales que atentaran contra el principio de igualdad que proclama el can 206 y en el que se ampara el

²⁷ Sobre litisconsorcio activo voluntario de los cónyuges puede verse: C.M. Morán Bustos, *El derecho de impugnar el matrimonio. El litisconsorcio activo de los cónyuges*, Salamanca, 1998, pp.323 ss.

²⁸ Véase: I. Gordon, *De nimia processuum matrimonialium duratione. Factum, causae, remedia*, en "Periodica", 1969, pp. 543 ss.; P. Moneta, *L'avvocato nel processo matrimoniale*, en "Dilexit Iustitiam", ob. cit, p. 324; S. Villeggiante, *L'avvocato.....*,ob. cit., p. 556

²⁹ J.L. Acebal, *Abogados.....*, ob. cit., p. 557.

principio procesal de igualdad de las partes en el proceso. Y de ahí que hubiera de extenderse la necesidad de intervención de abogado para ayuda técnica, en situaciones de contradicción procesal, de los que no reunieran las condiciones para obtener dicho beneficio de gratuidad

Lo cierto es que la excepción quedó recogida por el texto definitivo del nuevo Código, cuyo can. 1481 quedó redactado en estos términos: “§ 1. La parte puede designar libremente su abogado y procurador; pero, salvo en los casos indicados en los §§ 2 y 3, puede también demandar y contestar personalmente, a no ser que el juez considere necesaria la ayuda del procurador o del abogado. §2. En el juicio penal, el acusado debe tener siempre un abogado, elegido por él mismo o nombrado por el juez. §3. En el juicio contencioso, si se trata de menores o de un juicio en el cual entra en juego el bien público, con excepción de las causas matrimoniales, el juez ha de designar de oficio un defensor a la parte que no lo tiene”

Tienen lugar propio en esta regulación los tres sistemas de intervención de abogado según que se sustenten en la voluntariedad, la conveniencia o la obligatoriedad. En el proceso penal y en los contenciosos de otro orden que afectan al bien público el abogado es obligatorio y si no lo designa la parte lo nombra de oficio el juez. En los demás procesos el abogado es voluntario, salvo que el juez lo considere necesario, en cuyo caso también el juez lo nombrará de oficio. En el proceso matrimonial, todo depende de que se acepte la excepción, en cuyo caso se seguirá la formula de la voluntariedad y subsidiariamente lo nombrará el juez si lo estima necesario; pero, si no se estima la validez legal de la excepción por prevalecer la finalidad del bien público propia del matrimonio, entonces habrá de estimarse necesaria la intervención de abogado, tanto para accionar como para oponerse.

Siguiendo la letra del texto transcrito, en los procesos canónicos de nulidad no sería necesario abogado para comparecer en el juicio, como dispone el §3, sin perjuicio de que rija también en estas causas el precepto general del §1, conforme al cual puede designar libremente su abogado y procurador en todo caso, aunque se admita la directa comparecencia personal de la parte, a no ser que el juez considere necesaria la ayuda del procurador o del abogado. Y es aconsejable, como recomendaba el Motu Proprio “Causas matrimoniales” de 28 de marzo de 1971 que el juez recurra a este precepto, inspirado en la regla “non habenti advocatum, ego dabo”, para proveer de abogado a la parte que se pudiera encontrar indefensa por falta de los conocimientos y experiencia profesional o por encontrarse impedida o tuviera graves dificultades para oponerse a la demanda o para que la parte actora pudiera iniciar o proseguir un proceso ya comenzado³⁰.

³⁰ J.L. Acebal, *Abogados....*, ob. cit., p. 577

Por lo tanto, en principio hay que admitir que el texto comentado acepta el derecho de la parte a optar entre comparecer personalmente o a disponer de abogado y procurador o de abogado que acumule las funciones de procurador, quedando a la discreción del juez nombrar abogado de oficio cuando la parte no designa abogado libre o de confianza. Pero, hay argumentos para sostener que debe ser obligatorio y no discrecional el nombramiento de abogado por el juez en estos casos, con fundamento en que la ausencia de abogado puede constituir violación del derecho de defensa por cuanto la asistencia de abogado constituye un aspecto del derecho de la defensa, “hasta tal punto que si una parte estaba privada del derecho de hacerse asistir de un abogado ello sería causa para poder impugnar la sentencia de nulidad por rechazo del derecho de defensa según el can. 1620.7, aunque la presencia del abogado no fuere obligatoria”³¹.

Y es, precisamente, para facilitar la posibilidad de disponer de abogados competentes en Derecho matrimonial canónico que en algunos tribunales se vayan estableciendo catálogos o elencos de abogados seleccionados por aquellos entre los que, reuniendo los requisitos legales, destacan por su honestidad y competencia. Por este procedimiento se constituirá el colectivo de donde proceden los letrados que se designan de oficio por otorgamiento del beneficio de justicia gratuita, con la ventaja de que no es necesaria la autorización del Obispo diocesano para cada causa, sino que la matriculación en el elenco lleva consigo una autorización general. Por otra parte, el Código ha preparado ya la infraestructura de otro elenco para disponer de abogados de oficio que puedan atender las necesidades de la obligatoriedad de abogado, pues el can. 1490 prevé la instauración en las diócesis, en la medida de lo posible, del elenco de Patronos estables constituidos por abogados y procuradores por separado y de abogados-procuradores que desempeñan acumuladamente ambos oficios, que gozarán también de autorización general del Obispo y que son estipendiados por el Tribunal respectivo por constituir oficio eclesiástico adscrito al tribunal, dependencia que ha suscitado severas críticas a este sistema de ordenación de la abogacía eclesiástica por entenderse que atenta contra los principios de autonomía, libertad e independencia del abogado³².

³¹ A. Jacobs, ob. cit., p. 404. En términos más moderados se expresa M.F. Pompedda, *Comentario al canon 1481*, en P.V. Pinto (a cura di), *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma, 1985, p. 861.

³² Véase: J. Ochoa, *La figura canonica.....*, ob. cit., pp. 251 ss.; G. Lagomarsino, *Avvocatura dei poveri, gratuito patrocinio e patrono stabile negli ordinamenti statuale e canonico*, en “Il Diritto Ecclesiastico”, 2000, I parte, pp. 1104 ss.; J. Llobell, *I patroni stabile e i diritti-doveri degli avvocati*, en “Ius Ecclesiae”, 2001, pp. 71 ss.; C. De Diego-Lora y R. Sanchez-Ocaña, *Lecciones....*, ob. cit., p. 238 ss.

Es lógico que si se establece el elenco de patronos estables no sea necesario el otro, bastando aquél para atender las concesiones de justicia gratuita y la designación de abogado de oficio a favor del ejercicio del derecho de asistencia letrada como manifestación del derecho de defensa cuando una o ambas partes obtengan el beneficio de justicia gratuita, o cuando el Tribunal considere que el caso requiere la intervención necesaria de abogado de oficio³³. De todos modos, los abogados de ambos elencos pueden ser nombrados también directamente por las partes como abogados de confianza. En la Rota Española, el Nuncio Apostólico publica el catálogo de procuradores y abogados de la Rota. Asimismo puede el Nuncio Apostólico nombrar patronos estables, sobre todo para las causas matrimoniales, que pueden elegir libremente las partes: éstos recibirán sus honorarios del mismo tribunal y ejercerán en él la función de abogado o procurador (can. 1490) (art. 43 de las Normas orgánicas y procesales).

4. EL DERECHO DE DEFENSA

Según la doctrina de los canonistas el derecho de defensa supone no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa, siempre que tal privación o limitación acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable no imputable a quien lo alega³⁴.

En el orden normativo el derecho de defensa afecta al conjunto de actos procesales y argumentaciones jurídicas presentadas y desarrolladas por las partes en el proceso a favor de una parte y está constituido por el conjunto de normas, sustantivas y procesales, que garantizan la posibilidad de las partes en la causa, para ellas y para la *salus animarum* de los otros fieles, de poder expresar y ser acogidas todas las instancias necesarias para la búsqueda de la verdad y para la solución según justicia de sus conflictos de intereses³⁵.

Una sentencia rotal ofrece esta precisa definición: La noción del derecho de defensa, como fundada en el derecho natural, consiste en que no se deniegue a la

³³ Véase: J.L. Acebal, *Abogados...*, ob. cit., pp. 571 ss.; Aznar y Riomás, *El patrocinio gratuito...*, ob. cit., p. 445..

³⁴ R. Rodríguez-Ocaña, *Compete a los fieles reclamar y defender los derechos que tienen en la Iglesia*, en "Estudios en honor de Javier Hervada", Volumen especial de "Ius Canonicum", 1998, p. 362

³⁵ A. Blasi, *Il diritto di difesa nelle aree giuridiche contemporanee en el diritto della Chiesa*, en "Scritti in memoria di Pietro Gismondi, vol III, Milán, 1988, p. 63

parte su derecho a defenderse o, mejor dicho, la posibilidad de defenderse de los modos y en los términos establecidos por la ley³⁶.

Para el Papa Juan Pablo II el derecho a la defensa de las partes en el juicio debe ser ejercitado según las justas disposiciones de la ley positiva cuyo cometido es no privar del ejercicio del derecho a la defensa, sino de regularlo de manera que no pueda degenerar en abuso u obstruccionismo, y de garantizar al mismo tiempo la concreta posibilidad de ejercitarlo. La fiel observancia de la norma positiva al respecto constituye, por tanto, una grave obligación para los operadores de la justicia en la Iglesia³⁷.

Valdría también en el Derecho canónico, en vista de la condición universal del derecho de defensa, la definición que reitera el Tribunal Constitucional, según el cual es doctrina consolidada la inclusión de la asistencia letrada en el derecho de defensa y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión³⁸.

De estas definiciones se deduce que no debe confundirse el derecho de defensa en sentido propio, que tiene un extenso contenido, con el derecho a la defensa o asistencia por abogado, que es simplemente una de las manifestaciones del genérico derecho de defensa. También hay que distinguir entre la posibilidad de la defensa y el ejercicio real del derecho de defensa, porque en ambos casos puede producirse el rechazo o la violación del mismo.

El derecho de defensa cuenta en la Iglesia con concepciones doctrinales y con una realidad normativa bien definida desde tiempos relativamente recientes que va conexas con la positivación de los derechos humanos en la Iglesia católica desde que esa positivación fue tomando cuerpo con fundamento en el derecho natural hasta su formalización en el Código de 1983. Ello no significa que solamente en nuestros días tiene presencia el derecho de defensa en el ordenamiento canónico, pues también en los textos antiguos y en sus comentarios y otras obras doctrinales se encuentran apuntes muy valiosos sobre este derecho. Así, como escribe Erlebach, el derecho de defensa no es del todo extraño al Derecho de las Decretales, compilado en

³⁶ Decreto rostral *coram* Palestro, de 18 junio 1986, en “Il Diritto Ecclesastico”, 1986, II parte, p. 496

³⁷ Juan Pablo II, Discurso a la Rota Romana de 26 enero 1989

³⁸ Sent. 215/2002, de 25 de Noviembre, que cita las sents. 152/2000, de 12 de junio y la 47/1987, de 22 de abril, entre otras

el “Corpus Iuris Canonici”, en donde la defensa era considerada como un derecho del demandado (contestar a la demanda), aunque también gozaba éste de varias facultades, incluida la defensa técnica que le era asegurada por el Juez (X,I,32,1). En esta línea es muy ilustrativa la decretal *Saepe*, de Clemente V, sobre el procedimiento abreviado, en la que se disponía: “non sic tamen iudex litem abreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur” (In Clem V, 11, 2)”. También los decretalistas propugnaron en diversos pasajes de sus obras el respeto al derecho de defensa. Así, el famoso procesalista de la segunda mitad del siglo XIII Guillermo Durante, autor del *Speculum Iudiciale*, escribió sobre diversos aspectos del derecho de defensa. Me limito a citar un fragmento de la citada obra en el que escribe: “Abbas non privabit eum defensionis, quae excommunicatio et etiam diabolus, si in iudicio adesset, non negetur” (*Speculum*, Lib. III, part. I, rubr. *De inquisitione*, n. 6, p. 66) y en otro texto: “Numquam enim hominem inauditum et indefensum statim suspendunt. Sed certe quicquid fiat, nulli est de iure legitima defensa deneganda (Ibidem, lib. III, part. I, rubr. *De notoriis criminibus*, n. 13, p. 71)³⁹. El Código canónico de 1917, que ya es historia, no consignó explícitamente en su articulado el derecho de defensa, ni tampoco la Instrucción “Provída Mater Ecclesia”, de 15 de agosto de 1936, que constituyó con sus 240 artículos un completo Código procesal de las nulidades matrimoniales. Pero, la fuerza creadora del Derecho canónico, al amparo de las fuentes supletorias de la ley que estableció el can. 20, que se mantiene en el can. 19 del Código actual, permitió atribuir eficacia normativa supletoria al estilo y práctica de la curia romana y al parecer común y constante de los doctores, es decir, a la jurisprudencia y a la doctrina, las cuales elaboraron una construcción bastante completa de la materia, con numerosas aportaciones que aún perviven y que contribuyeron a configurar las normas vigentes sobre el derecho de defensa.

La doctrina afirmó con unanimidad que el derecho de defensa se fundaba en el derecho natural y que, por lo tanto, tenía que respetarse en todos los procesos aunque no figurara en la legislación meramente eclesiástica, pues el derecho natural, como derecho superior, encarna principios básicos del Ordenamiento canónico. Se entroncaba así con la teoría de los derechos humanos que los considera innatos y propios del ser y dignidad de la persona humana⁴⁰.

³⁹ Para un estudio histórico extenso véase: P. Gillet, voz *Avocat*, en “Dictionnaire de Droit Canonique”, dirigido por R. Naz, Tomo I, col. 1254 ss.; M. Ferraboschi, *Gli avvocati e la Chiesa*, en AA.VV (a cura di Sandro Gherro), “*Studi sul processo matrimoniale canonico*”, Padova, 1991, pp. 43 ss.; G. Erlebach, *La nullità de la sentenza giudiziale “ob ius defensionis denegatum” nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991, pp. 11 ss..

⁴⁰ Entre los autores hay que mencionar a los clásicos más conocidos como Roberti, Wernz-Vidal, Conte a Coronat, Cappello y Lega-Bartocetti. La monografía más importante de esta época codicial sobre el tema del derecho de defensa es la Memoria de Licenciatura de K.T. Geringer en el Instituto Canonístico Luis Maximiliano de la Universidad de Munich, que aborda las cuestiones entonces más

La jurisprudencia, siguiendo estas mismas pautas, declaró que el derecho de defensa es un derecho subjetivo de las partes, no del juez, el cual tiene, por el contrario, el deber de facilitar a las partes las condiciones adecuadas para que tengan posibilidad de ejercer su derecho. A su fundamento en el derecho natural se añadió la posibilidad de violación del derecho positivo con efectos anuladores porque es cierto que el Derecho natural, como derecho sustancial, tutela el derecho de defensa para que las partes puedan defenderse ya por sí mismas ya mediante abogado⁴¹; pero dicha tutela se hace en términos indeterminados dependiendo su concreta aplicación de su racionalidad conforme a los principios de la defensa y siendo cometido del derecho positivo concretar los términos del derecho natural.

En el Código de 1983 varía esta normativa, lo que requiere introducir algunas correcciones en la doctrina y jurisprudencia examinadas, pues se ha configurado el derecho de defensa sobre nuevos pilares, siendo el más importante que “se hace operativo un nuevo concepto eclesial de la libertad individual, un concepto que ha sido extraído de las instancias ya connaturales al mismo íntimo sentir de los fieles, al menos de aquellos que viven la experiencia de los sistemas constitucionales y que entiende el proceso matrimonial canónico a través de una ventana abierta al mundo contemporáneo, al cual se debe mirar para adquirir, o al menos para aclarar, reglas de justicia aptas para una específica búsqueda de la verdad”⁴².

Las novedades normativas que afectan profundamente al régimen del derecho de defensa están encabezadas por la norma de carácter fundamental del nuevo can. 221 §1 del CIC que declara: “Compete a los fieles reclamar legítimamente los derechos que tienen en la Iglesia y defenderlos en el fuero eclesiástico competente conforme a la norma del Derecho”, principio que por su naturaleza de derecho fundamental “siempre ha de quedar a salvo”, como dispone el can. 1598 §2, y ello bajo sanción de nulidad insanable de la sentencia tal como establece el can. 1620 num. 7, que recoge como causa de nulidad “la denegación a una o a las dos partes del derecho de defensa”. Se trata, por consiguiente, del reconocimiento y garantía de uno de los derechos fundamentales del fiel recogido en el Libro II, Parte I, del Código, que regula los deberes y derechos fundamentales del fiel, entre ellos el *ius defensionis*.

en boga, como la fundamentación del *ius defensionis* en el Derecho natural en su doble acepción de *natura rerum* y *natura hominum* y la reducción del contenido del derecho de defensa a los principios de contradicción y defensa. Expone sus ideas sobre la denegación del derecho de defensa y sus consecuencias para el proceso. En la parte segunda trata de la seguridad procesal del derecho de defensa mediante la interposición entre juez y parte del procurador y del abogado (K.T. Geringer, *Das Recht auf Verteidigung im Kanonischen Prozess*, Viena, 1976)

⁴¹ Sent. *coram* Ferraro, de 25 noviembre 1975, en SRRD, vol. 67, pp. 661 ss.

⁴² S. Gherro, *Diritto a la difesa nei processi matrimoniali canonici*, en AA.VV., “*Il diritto a la difesa nell’ordinamento canonico*”, Città del Vaticano, 1988, pp. 5-6

De los textos citados se deduce que el derecho de defensa ha de ejercerse de acuerdo con las normas jurídicas, derecho que nunca puede desconocerse pues goza del *favor iuris*, siendo causa de nulidad los actos denegatorios o violadores de tal derecho, incluida la sentencia que adoleciera de alguna de las causas que enumeran los cans. 1620 y 1622, aquél que comprende las causas de nulidad insanable, cuyo num. 7 incluye la denegación a una de las dos partes del derecho de defensa”, y el can. 1622 que relaciona las causas de nulidad sanable.

Así, pues, el derecho de defensa queda configurado en la nueva legislación canónica como un derecho fundamental del cristiano, en cuanto se formaliza por el can. 221 el derecho natural del *ius defensionis*, lo que le da carácter constitucional, de rango superior a las normas ordinarias. Con estos caracteres se refuerza la preeminencia del derecho de defensa y su naturaleza de derecho público, por lo que todos los poderes eclesiásticos han de protegerlo para garantizar y asegurar la tutela del patrimonio jurídico del fiel con los mecanismos sustantivos y procesales de derecho positivo a los que envía el citado canon con las palabras “ad normam iuris”⁴³. Esta superioridad significa, como escribe Blasi, que “ha de tenerse por no aplicable todo canon presente en el sistema procesal canónico que no esté estructurado o sea conforme con el principio del can. 221 § 1, es decir. con el principio de tutela judicial del fiel”⁴⁴.

La jurisprudencia tiene en cuenta el carácter fundamental del derecho de defensa y no duda en hablar del derecho subjetivo absoluto de las partes como una prerrogativa inalienable que les permite proteger con los medios procesales legítimos sus derechos subjetivos sustanciales. Hasta aquí, el derecho de defensa era unánimemente presentado como un elemento esencial de la misma estructura del proceso, en una perspectiva contenciosa muy marcada⁴⁵; pero todavía no se ha llegado a completar las formulaciones definitivas y concretas sobre los derechos fundamentales de las partes en el proceso, lo que es una labor que tiene pendiente la jurisprudencia canónica, todavía incierta y contradictoria.

El derecho ordinario relativo al derecho de defensa se concreta en el can. 1620, num. 7, que considera causa de nulidad insanable “la denegación del derecho de defensa”, dejando para la creación jurídica concretar cuales son las manifestaciones o facultades que constituyen el contenido de este derecho; pero, en todo caso, el

⁴³ Sobre el iter del can. 221 véase: P.M. Reyes Vizcaíno, *La tutela jurídica en el ordenamiento canónico en “Excerpta e dissertationibus in iure canonico. Cuadernos doctorales”*, 11(1993), pp. 359 ss.

⁴⁴ A. Blasi, *Appunti di diritto processuale canonico*, en “Monitor Ecclesiasticus”, 1987, pp. 378-379

⁴⁵ A. Jacobs, ob. cit., p. 436

Derecho natural sigue jugando el mismo papel que en la canonística desarrollada en torno al CIC17, pues continua teniendo el valor de fuente primaria del Derecho, si bien hay que reconducirlo, en relación con la defensa procesal, a la naturaleza de derecho fundamental tal como lo configura el nuevo Código, lo que debe tenerse en cuenta también a la hora de calificar la nulidad sanable o insanable, las denegaciones esenciales o accidentales del derecho de defensa y otras valoraciones que afectan a este derecho⁴⁶.

La jurisprudencia ha ido elaborando criterios generales para calificar los supuestos de denegación del derecho de defensa y entiende que se ha de incluir, ante todo, la negación de toda posibilidad de defenderse de modo que no se produzca el contradictorio o esencia del juicio⁴⁷, o cuando a la parte se le ha concedido una posibilidad de defenderse que es totalmente insuficiente⁴⁸; pero no tiene lugar cuando a la parte se ha negado sol parcialmente el derecho de defenderse⁴⁹.

Descendiendo a situaciones concretas menciona la jurisprudencia como manifestaciones de denegación las siguientes: “Al *ius defensionis* pertenece: a) Que la parte conozca el objeto de la causa (*petitum et causa petitum*), no genéricamente, sino de modo específico; b) Que pueda participar en las pruebas; c) Que pueda proponer argumentos en la fase discusoria; d) Que no concluya la sentencia *ultra vel extra petita*”⁵⁰. e) Después de una sentencia afirmativa de primer grado, no puede pronunciarse directamente sentencia negativa, sin haber reenviado antes la causa al examen ordinario, “pues falta completamente el contradictorio y se priva a las partes de la ocasión de aportar nuevos argumentos en favor o en contra de la tesis de la nulidad del matrimonio o esclarecer argumentos ya alegados, así como conocer parecidos argumentos aducidos por la otra parte y poder refutarlos; por lo tanto, se expolia a las partes del derecho de defensa, que se funda en el Derecho natural, y que hace nula la sentencia conforme al can. 1620, num. 7”⁵¹. f) En otras decisiones se incluyen: la infracción de las normas sobre competencia territorial; las exigencias legales del libelo introductivo de la litis; la primera citación al demandado (emplazamiento); la configuración legal de la litiscontestación que se precisa en la formula de dudas, la cual fija el objeto del proceso con sus importantes consecuen-

⁴⁶ Véase: J.J. García Failde, *Nuevo Derecho Procesal*.....ob. cit., pp. 241 ss.

⁴⁷ Decreto *coram* Lefebvre de 17 julio 1976, en “Ephemerides Iuris Canonici”, 1977, pp. 329 ss.

⁴⁸ Sent. *coram* Parisella de 3 julio 1980, en Monitor Ecclesiasticus”, 1981, pp. 143 ss.

⁴⁹ Sent. *coram* Pinto de 12 diciembre 1980, en “Monitor Ecclesiasticus”, 1982, pp. 21 ss.; véase J.J. García Failde, “Nuevo.....”, ob. cit., p. 242

⁵⁰ Decreto *coram* Lanversin, de 5 junio 1996, en “Il Diritto Ecclesiastico”, 1997, II parte, pp. 28 ss.

⁵¹ Decreto *coram* Burke, de 20 enero 1994, en “Il Diritto Ecclesiastico”, 1996, II parte, pp. 109 ss.

cias; la audiencia de las partes; la proposición de pruebas y su aportación a los autos mediante la práctica de la misma: la publicación de las actas y de la conclusión de la causa; discusión de la causa: la sentencia, su confección, observancia de los requisitos legales, su congruencia con las pretensiones fijadas en la *listiscontestatio*, los recursos en cuanto a plazos y oportunidad⁵².

Por último, hay que referirse de nuevo al importante discurso que el Papa Juan Pablo II dirigió a la Rota Romana el 26 de enero de 1989 en el que resaltó la condición de derecho fundamental del derecho de defensa en el proceso canónico, sobre todo en las causas para la declaración de la nulidad del matrimonio, exponiendo con precisión y sobriedad las diversas manifestaciones en el proceso de este derecho de defensa, para terminar invitando a todos los operadores de la justicia a tutelar el derecho de defensa en la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre.

5. LA ASISTENCIA DE ABOGADO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Visto el derecho de defensa en sus líneas generales, corresponde ahora examinar si el derecho a la asistencia letrada constituye una de las manifestaciones del derecho de defensa, con qué alcance y en qué supuestos. Ello depende en buena parte del sistema de asistencia forense establecido por cada ordenamiento, que actualmente viene muy condicionado en los sistemas civiles por la formula constitucional del derecho a un proceso justo con todas las garantías y sin causarse indefensión. En todo caso, el legislador ordinario habrá de poner extremo cuidado en desarrollar un régimen jurídico que no deje ningún resquicio al desconocimiento de todas y cada una de las manifestaciones del derecho de defensa, una de las cuales es la asistencia letrada. Y en este punto se tiene que guardar mayor atención a los procesos sobre cuestiones en las que estén afectados derechos fundamentales y de rango constitucional, como el derecho de defensa y entre ellos el de asistencia letrada, garantizándose al abogado su autonomía e independencia, tanto por exigencia de su libertad y dignidad personal, como para asegurar una eficiente actividad en el proceso⁵³. Y así debería suceder respecto de los procesos matrimoniales, que reúnen todas estas cualidades, es decir, interés público e implicación en ellos de derechos fundamentales, como el de defensa. Pero, sorprendentemente, no sucede de este modo, sino que el nuevo Código altera notablemente el sistema de asistencia técnica de abogado en el proceso canónico de nulidad matrimonial. En el CIC17 dispo-

⁵² Ver en A. Jacobs, ob. cit., pp. 268-422 y 469-502

⁵³ L. Spinelli, ob.cit., p. 5

nía el can. 1655 §2, como vimos anteriormente, que en los juicios contenciosos en que está en juego el bien público, el juez debía nombrar obligatoriamente un defensor a la parte que careciera de él, y en el CIC83 se introdujo la incongruente novedad de que en los procesos de nulidad del matrimonio no regiría dicha regla. Y decimos que la novedad es incongruente porque no se tiene en cuenta la naturaleza fundamental y de interés público del derecho de defensa en el proceso canónico de nulidad proclamado por el can. 221 §1, ni el principio de que siempre debe quedar a salvo el derecho de defensa (can. 1598 §2), ni que el can. 1490 ha creado los elencos de abogados estables para precaver las necesidades de la defensa de oficio con abogados disponibles.

En la jurisprudencia abundó la opinión favorable a sostener que el sentido literal del can. 1655 §2 del CIC17 era muy claro y, al no insertarse la excepción de las causas matrimoniales, era obligada la intervención de abogado y, si la parte no lo nombraba, tenía que hacerlo el juez con independencia del beneficio de justicia gratuita. Concretamente se estableció en varias sentencias rotales que el derecho de defensa corresponde a cada una de las partes y ha de ejercitarse contra la otra implicándose también la defensa técnica a través de la constitución de abogado o patrono⁵⁴.

En esta línea otras sentencias rotales hacen reservas y observaciones que insinúan la posibilidad de que se produzcan ciertos supuestos de hecho en los cuales la falta de abogado dará efectivamente lugar a la nulidad de la sentencia por denegación del derecho de defensa con estos argumentos:

a) La cita frecuente del texto del Card. Roberti: “vix umquam potest nullitatem processus efficere, nisi forte reducatur ad defectum defensionis”⁵⁵.

b) Que la falta de abogado puede identificarse con la imposibilidad de la defensa cuando sea requerida *ex natura rei*, es decir, por la naturaleza del acto procesal o del contradictorio⁵⁶.

c) Que el juez haya impedido o negado la asistencia de abogado a alguna de las partes que lo pide legítimamente⁵⁷.

⁵⁴ Sents. coram Mattioli, de 4 mayo 1955, *coram* Pinto de 28 julio 1998, de 28 julio 1998 y *coram* Palazzini, de 16 octubre 1976, citadas por Erlebach, ob. cit., p. 40, nota 189; y p. 41, nota 191

⁵⁵ Sent. *coram* Ferraro, de 25 noviembre 1975, citada. Card. Roberti, *De processibus*, vol. I, Città del Vaticano, 1956, p. 567

⁵⁶ Sent. *coram* Faltin, de 25 mayo 1987; Decreto *coram* Pinto, de 12 diciembre 1980, cita de Erlebach, ob. cit. p. 235

⁵⁷ Sent. *coram* Pinto de 29 julio 1978, Prot. A. 150/78, citada por Erlebach, ob. cit., p. 236

Pero, también bajo la vigencia del CIC17 se sostuvo por la jurisprudencia, en sentido opuesto, que la presencia de abogado no era exigida *ad validitatem* y por lo tanto su ausencia no era motivo de nulidad⁵⁸. Consecuente con esta última interpretación, se negó que existiera lesión del derecho de defensa por falta de abogado aunque se reconocía que era conveniente su asistencia en las causas matrimoniales de nulidad, tal como disponía el art. 43 de la instrucción “Provida Mater Ecclesia”, que se expresaba así: “Aunque la parte pueda ser actora y responder por sí misma en juicio, conviene, sin embargo, que tenga abogado, o elegido por ella o dado por el presidente”.

Las razones alegadas por la Rota Romana fueron varias, que resume C. Gullo en estos términos: a) Que la parte puede defenderse por sí misma; b) Que se presume la ignorancia de la ley (can. 16); c) Por lo tanto, si la parte no nombra abogado ni pide la concesión del beneficio de justicia gratuita ello significa que, o renuncia a defenderse o que quiere defenderse por sí misma d) No se sanciona expresamente con la nulidad la falta de abogado; e) El art. 43 de la Instrucción Provida Mater Ecclesia dice solamente *expedito* (conviene) que la parte obre en juicio por medio de abogado, pero no sanciona con la nulidad si carece de él⁵⁹.

Quizá el punto débil de esta jurisprudencia radique en que ha estimado, erróneamente, que las causas matrimoniales de nulidad del vínculo tienen naturaleza privada, cuando disponía lo contrario el can. 1655 del CIC17 y se reafirma por la doctrina su naturaleza pública, tanto porque, como dijimos, la nulidad afecta a un sacramento, como porque se trata de un proceso declarativo en el que se pretende la fijación del estado de la persona (soltera o casada) en la sociedad eclesial y no se comprende qué cosa puede existir de más directo interés público para el ordenamiento de la Iglesia que el sacramento y el *status*. Por ello tienen reservadas importantes funciones públicas en el proceso matrimonial el Promotor de Justicia y el Defensor del Vínculo

Unos y otros argumentos contradictorios han pretendido encontrar acomodo en la nueva regulación de la intervención de abogado por el CIC83 en estos procesos, decantándose en principio la doctrina hacia la no obligatoriedad como más apegada a la letra del texto legal en vista de que el can. 1481 §3, excluye expresamente las causas matrimoniales de la obligatoriedad de intervención de abogado y por lo

⁵⁸ Véanse las sentencias que citan y comentan E. Ghidotti, *La nullità de la sentenza giudiziale nel Diritto canonico*, Milán, 1965, p. 187; Erlebach, ob. cit., pp. 229 ss.; Gullo, *Diritto di difesa*..., ob. cit., p. 303; Jacobs, ob. cit., pp. 239 ss.; J.L. Acebal Luján, *Nulidad de los actos y nulidad de la sentencia*, en “Curso de Derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro”, V, Salamanca, 1982, p. 293

⁵⁹ C. Gullo, *Diritto di difesa*....., ob. cit., pp. 304 ss.

tanto la ausencia de abogado no sería un supuesto de violación del derecho de defensa⁶⁰. En consonancia con esta doctrina se viene formulando por la jurisprudencia el juicio de que “la denegación del derecho de defensa (letrada) no es motivo de nulidad de la sentencia”⁶¹.

No obstante, el nuevo CIC aporta razones para mantener que se atenta contra el derecho de defensa, no solamente en los supuestos acogidos por la jurisprudencia sobre el Código derogado, expuestos anteriormente, sino además por otros muy convincentes, como son:

1°. La naturaleza constitucional del derecho de defensa y su carácter de derecho fundamental según establece el can. 221 §1, anteriormente examinado y, por lo tanto, su prelación jerárquica sobre la legislación ordinaria, lo que conduce, como ha escrito Blasi, a la derogación de las normas de derecho positivo de inferior rango que afecten al derecho de defensa⁶². Es el caso del can. 1481, §3 que, después de reconocer la naturaleza pública de los procesos de nulidad, los excluye de la obligatoriedad de intervención de abogado, negando o impidiendo el derecho de defensa, sin guardar respeto, ni a la naturaleza pública del proceso de nulidad, ni a la jerarquía de normas.

2°. Que siempre ha de quedar a salvo el derecho de defensa (can. 1598 §2°), regla suprema que ha de prevalecer en caso de interpretaciones contradictorias. La exigencia de defensa letrada vendrá determinada y graduada por varias circunstancias, como el sistema de asistencia letrada establecido por la ley para cada tipo de proceso y para cada modalidad de actos judiciales, la naturaleza de la causa, su complejidad, su importancia cualitativa o cuantitativa, el carácter esencial dentro del proceso del acto desasistido de letrado, la voluntad explícita o implícita de la parte acerca del ejercicio de su derecho de defensa en actuaciones concretas, el carácter insubsanable o subsanable que le atribuya la ley, de modo que, no todos los defectos de asistencia letrada han de estimarse como violación del derecho de defensa, sino aquéllos que realmente han causado indefensión. Cuando está en juego el derecho de asistencia letrada, concurren muchas de estas circunstancias que son favorables a considerar la obligatoriedad de abogado, como la naturaleza pública del proceso matrimonial, la insubsanabilidad de la nulidad causada por su violación, la complejidad sustantiva y procesal de las causas matrimoniales y su repercusión en el estado de las personas.

⁶¹ Decretos *coram* Giannecchini, de 26 marzo 1987, en “Monitor Ecclesiasticus”, 1988, pp. 309 ss.; *coram* Colagiovanni, de 29 marzo 1990; *coram* Serrano, de 10 marzo 1989, en Jacobs, ob cit., pp. 407 ss.; *oram* Giannecchini, de 24 marzo 1944, en “Monitor Ecclesiasticus”, 1996-1, pp. 84 ss

⁶² Véase: A. Blasi, *Appunti di diritto.....*, ob. cit., pp. 378-379.

3º, Que el can. 1490 ya ha previsto la constitución de un elenco de abogados con vistas a disponer de profesionales preparados para cubrir las demanda de abogados nombrados de oficio cuando la defensa letrada no se ha constituido de manera voluntaria

4º, Que la complejidad del proceso de nulidad deja en la indefensión a la parte que quiere defenderse por sí misma no siendo perito en Derecho. En efecto, la relación de hechos en las alegaciones introductorias del proceso es de difícil composición y redacción, pues hay que confeccionarla atendiendo a la verdad y a su confirmación con las pruebas previsibles, sin perder de vista los intereses de la parte defendida. Los hechos se tienen que ordenar de manera que las biografías de las partes y los acontecimientos acaecidos sean congruentes con las causas de nulidad alegadas. Se requieren conocimientos jurídicos y práctica forense para debatir sobre la fórmula de dudas y concretarla debidamente. Hay que saber seleccionar y aportar los documentos necesarios y los útiles, tener cierta práctica en la formulación de los interrogatorios, experiencia para interpretar, ponderar y formular objeciones a los informes periciales psicológicos y psiquiátricos. Hay que conocer los recursos que, oportunamente presentados, pueden contribuir a establecer situaciones favorables al patrocinado. Hay que entenderse en un lenguaje técnico, por escrito u oralmente, con los jueces, con el defensor del vínculo y con el abogado de la otra parte, y realizar otras actividades en el proceso que bien conocen nuestros abogados⁶³. No basta, por lo tanto, como se ha dicho que la parte se preocupe solamente de aportar datos para configurar los hechos porque el Derecho lo pone el Juez y cualquier duda o deficiencia procesal la suple el juez o el defensor del vínculo.

5º. En el epígrafe anterior se reunieron un conjunto de manifestaciones de defensa de la mayor importancia que deben observarse en el proceso y las infracciones a estas facultades del derecho de defensa se habrían evitado o subsanado o impugnado oportunamente con la presencia actuante de un abogado

6º. Todas las partes en el juicio deben cooperar al descubrimiento de la verdad de los hechos. La sustancia del proceso está en que los hechos y las pruebas sean aportadas por cada una de las partes; si esta posibilidad es rehusada o limitada entonces el derecho de defensa es ciertamente denegado⁶⁴.

7º. Numerosas decisiones rotales reprochan a los tribunales diocesanos que no informan a las partes de su derecho de hacerse asistir de un abogado o de no habersele designado de oficio. Así, el Decreto *coram* Ragni, de 26 marzo 1992, mencio-

⁶³ Véase: V-J Subirá García, El abogado ante el proceso de nulidad matrimonial, en "Revista Española de Derecho Canónico", vol.52, Julio-Diciembre 1995, pp. 729 ss.

⁶⁴ Decreto *coram* Colagiovanni, de 29 marzo 1990, cit. en nota 60

na como causa de violación del derecho de defensa el hecho de que la parte demandada no ha sido informada de su derecho a constituir un abogado y en el Decreto *coram* Doran, de 2 abril 1992, se reprocha al Tribunal de instancia no haber designado abogado-procurador a la parte demandada, ya que las actas de la causa habían sido publicadas solamente a los abogados por lo que no llegaba a la parte carente de abogado. La negación del derecho de defensa era manifiesta⁶⁵.

8°. Se critica la práctica de algunos tribunales de nombrar automáticamente un abogado para la parte demandante sin hacer lo mismo para la demandada, práctica difícilmente compatible con la equidad canónica, que exige designar un abogado para cada parte⁶⁶.

9°. Habiendo solicitado la parte demandada un abogado, así como ser informada de la acción, se rechazaron sus peticiones. La Rota reprocha al Tribunal la falta de respeto al derecho de defensa, principalmente no haber nombrado abogado en tiempo útil, y estima que la parte tenía el derecho de defenderse⁶⁷.

10°. Cada vez con mayor frecuencia la Rota reacciona contra la designación de abogados pro forma y revela el hecho de que el abogado designado no cumple sus funciones, por ejemplo cuando ni siquiera ha contactado con la parte que le ha designado o cuando no invoca ningún elemento de oposición a la demanda mientras que su cliente es contrario a dicha demanda; esta carencia, dice la Rota, puede dar lugar a la aplicación del can. 1620, 7° ⁶⁸; y otro Decreto, después de reprochar al abogado su desinterés por la causa y su comportamiento negligente, que constituyen violaciones del derecho de defensa, dice que cada una de ellas aisladamente consideradas no podría constituir denegación absoluta del derecho de la defensa, pero consideradas en su conjunto demuestran por lo menos un actitud ligera del Tribunal respecto de la parte demandada⁶⁹.

11°. La asistencia obligada de abogado en términos que se aproximen, por lo menos, a los establecidos por las legislaciones civiles, con el fin de que evitar que se rechace por los jueces civiles el reconocimiento de los efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad que no se ajustaran a las normas del Estado sobre derecho de defensa. (*coram* Giannecchini 26 marzo 1987 ME 113(1988), 309-313).

En el ámbito civil ésta cuestión se ha normado por vía pacticia en Italia, al disponer el art.8, pfo. 2) del Acuerdo de 18 de febrero de 1984, entre el Estado italia-

⁶⁵ Pueden verse los dos decretos en Jacobs, ob. cit., p. 410

⁶⁶ Decreto *coram* Doran, de 2 abril 1994, cit. en la nota anterior.

⁶⁷ Decreto *coram* Doran, de 26 marzo 1992, en Jacobs, ob. cit., p. 411

⁶⁸ Decreto *coram* Boccafolà, de 17 octubre 1991, en Jacobs, ob. cit., p. 412

⁶⁹ Decreto *coram* Burke, de 17 octubre 1989, en Jacobs, ob. cit., p. 412

no y la Santa Sede, que la sentencias eclesiásticas de nulidad pronunciadas por los tribunales eclesiásticos será declarada eficaz en la República italiana mediante sentencia de la Corte de apelación competente cuando ésta afirme, entre otras condiciones, “que en el procedimiento ante los tribunales eclesiásticos se ha asegurado a las partes el derecho de accionar y de oponerse en juicio de modo no diferente de los principios fundamentales del ordenamiento italiano”, texto que viene a reproducir la declaración de ilegitimidad que pronunció el Tribunal Constitucional italiano en sentencia de 2 de febrero de 1982 de varias disposiciones de ejecución del Concordato de 1929 relacionadas con el art. 34 del mismo, en cuanto no garantizaban el derecho de defensa por los Tribunales eclesiásticos en los procesos de nulidad de los matrimonios canónicos. No obstante, se entiende entre los autores italianos que es irrelevante que la parte no nombre abogado y prefiera defenderse personalmente o que, también conforme al can. 1481, se excluya la necesidad del nombramiento de un abogado de oficio, citándose varias sentencias de la Corte de Casación referidas a las década de los ochenta⁷⁰

Sin embargo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos intervino con sentencia de 20 de julio de 2001 en un proceso de homologación de sentencia canónica de nulidad seguido en la Corte de Apelación de Florencia, habiéndose tramitado proceso canónico en el Tribunal del Vicariato de Roma y posteriormente en la Rota Romana. El Tribunal Europeo estima que las jurisdicciones italianas han faltado al deber de asegurar, antes de dar el exequatur a la decisión de la Rota Romana, que en el cuadro del procedimiento eclesiástico la requirente se hubiera beneficiado de un proceso justo, sin violación del 6 §1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La razón fue que la parte demandada tenía que haber sido informada de su derecho a valerse de un abogado en el proceso, ya que los tribunales eclesiásticos podían hacer valer la presunción de que dicha parte no conocía el Derecho. La parte demandada debió ser informada de tal derecho y de la materia de la contienda en el momento de la citación, antes de la declaración de tal parte ante el tribunal.

En España, la sentencia del Tribunal Constitucional 215/2002, de 25 de Noviembre sostiene en su Fundamento 4º como doctrina consolidada, reproduciendo otro de la sentencia del mismo Tribunal 92/1996, de 27 de mayo, que “entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la Constitución española reconoce no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización

⁷⁰ F. Finocchiaro, voz *sentenza ecclesiastica*, en “Enciclopedia del Diritto. Aggiornamento I”, p. 930; G. Addeo, *Il diritto di difesa nell'esperienza del riconoscimento civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, en “Il Diritto Ecclesiastico”, 1989-2, pp. 285 ss.

de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entere la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones a la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el inciso final del art. 24.1 de la Constitución”. También declara, con referencia a cinco sentencias del mismo Tribunal (47/1987, de 22 de abril; 216/1988, de 16 de noviembre, 188, 1991, de 3 de octubre; 208/1992, de 30 de noviembre y 276/1993, de 20 de septiembre), que “el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva es un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justificado del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el art. 24,2 de la Constitución, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención de Abogado en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando lo solicite y resulte necesario”

A estas sentencias hay que añadir la 265/1988, de 22 de diciembre, que en un proceso de reconocimiento civil de una decisión pontificia de dispensa de matrimonio rato y no consumado, otorgó el amparo solicitado, alegándose que “el automatismo en el presente caso de la concesión de los efectos civiles a una decisión acordada en el ámbito de la jurisdicción canónica está reñido con la plenitud y exclusividad de que gozan los jueces y tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, conforme establece el art. 117.3 de la Constitución, lo que encuentra adecuado reflejo en el art. VI,2 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos pactado con la Santa Sede (....). La indicada norma –que responde al principio cooperativo que se hace explícito en el art. 16.3 de la Constitución –ha sido desarrollada, sustantiva y procesalmente, en el art. 80 del Código civil y disposición adicional segunda de la Ley 30/1981, siendo preciso que la interpretación y aplicación de este conjunto normativo se haga conforme a los preceptos constitucionales y, en especial, a los derechos y libertades fundamentales que para todos consagran los arts. 14 y siguientes de la Constitución”

A la vista de estas sentencias del Tribunal Constitucional, se puede concluir que hoy por hoy tendría serías dificultades para la homologación a efectos civiles toda sentencia canónica de nulidad matrimonial dictada con ausencia de abogado durante el proceso o en el tramite de un acto esencial que causara indefensión de parte o, dicho de otro modo, que no permitiera u obstaculizara que alguna parte se constituyera con abogado en dicho proceso causando indefensión, pues la resolución del

juez civil incurriría en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva protegido por el art. 24,1 de la Constitución española

Hemos reunido suficientes razones para entender que, a la luz de la vigente legislación canónica y de la Constitución española, el sistema de intervención de abogado en los procesos canónicos de nulidad requiere la presencia de abogado de la parte demandante siempre y de la parte demandada cuando pretenda oponerse a la demanda o intervenir en el proceso, una vez en trámite.

6. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR CAUSA DE DENEGACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA. LA QUERRELLA DE NULIDAD.

La denegación del derecho de defensa adolece de vicio de nulidad insanable, conforme dispone el can. 1620, num. 7. Se considera, por lo tanto, un defecto esencial, que acarrea la nulidad del acto tal como previene el can. 124 §1, pues se funda en el derecho natural o derecho fundamental de la persona y por ello no solamente se sanciona con la nulidad, sino que ésta es insubsanable, ni por el transcurso del tiempo, ni por acuerdo de las partes, ni por decisión judicial, ni por dispensa, ni por cualquier otro motivo. Contra dicha causa de nulidad no prevalecerá la presunción de validez que, para dar cumplimiento al principio de conservación de los actos jurídicos, establece el mismo can. 124 §2 respecto de los actos jurídicos debidamente realizados en cuanto a sus elementos externos.

La nulidad de los actos jurídicos canónicos en general y de los procesales en particular es materia que ha sido tratada con especial atención, con el propósito de mejorar la legislación y su interpretación, no siempre acertada en resolver correctamente la tensión entre la insanabilidad (“Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere” (Dig. 50,17, regula iuris 17) y la sanabilidad (“Utile non debet per inutile vitari”, (In VIº Regula Iuris, 37), procurando reducir al límite los casos de nulidad insanables y de las nulidades de actos jurídicos derivadas de nulidades de otros actos que determinan a aquellos, por ejemplo, cuando se tuviera por nula una sentencia por causa de la nulidad del emplazamiento, ya que éste determina la correcta constitución de la relación procesal y por lo tanto la validez o nulidad de la sentencia que pudiera recaer en ese proceso.

El CIC17 incluyó listas de nulidad de la sentencia por diversas causas, unas insanables (can. 1892) y otras sanables (can. 1894), listas que la jurisprudencia fue ampliando al mantener la tesis de que tales listas no eran taxativas, ya que eran rebasadas por motivos de derecho natural no recogidos por aquellas, e incluso había que incluir los de derecho positivo derivados del derecho natural⁷¹

⁷¹ Sents. *coram* Pinna, de 28 noviembre 1957; *coram* Anné, de 8 noviembre 1963; y *coram* Huot, de 12 marzo 1976, en Elerbach, ob. cit., p. 113

En ninguna de aquellas listas se incluyó la denegación del derecho de defensa, pero la doctrina y la jurisprudencia la recogieron como causa de nulidad fundada en el Derecho natural y para completar los supuestos del derecho de defensa cuya violación causaría la nulidad de la sentencia se elaboraron por la jurisprudencia otras listas, no siempre coincidentes entre las diferentes sentencias, de manifestaciones del derecho de defensa, que giraban en torno a la formación del contradictorio por defectos del emplazamiento, la concordancia de dudas, de pruebas como la declaración de las partes, testifical, pericial y documental, la publicación del proceso o la discusión de la causa⁷².

Se distinguió, por otra parte, entre la nulidad de la sentencia en sí, que era la contemplada por los cánones 1892 y 1894, y la nulidad de la sentencia derivada de la nulidad de un acto procesal previo de acción o de omisión, como la falta de emplazamiento, denegación de prueba y otras, que tenía su tratamiento en el can. 1680 §2, según el cual “la nulidad de un acto jurídico no lleva consigo la de los actos que le preceden o le siguen y no dependen de él”, que, sensu contrario significa la preservación de los actos procesales, incluso de la sentencia, ante la nulidad de actos nulos de los que no dependen aquellos otros”⁷³.

También introdujo la jurisprudencia algunas especificaciones. Una corriente, que se destacó como prevalente, sostuvo que, conforme al can. 1680, solamente comportaba nulidad de la sentencia la de actos precedentes cuando la nulidad afectara a algún elemento esencial que significara la destrucción de la esencia del proceso y, por consiguiente, la nulidad de la sentencia⁷⁴. Otra corriente se decantó por referir la nulidad de la sentencia a la falta en la misma de elementos esenciales constitutivos⁷⁵.

Esta problemática, planteada bajo el CIC17, sigue viva en la actualidad bajo la vigencia del CIC83. Así, la taxatividad de los motivos de nulidad, tanto sanable como insanable, aunque se ha reducido su alcance, pues, respecto de la nulidad sanable dispone el can. 1622 que “la sentencia adolece del vicio de nulidad sanable,

⁷² Sent. coram Di Felice, de 24 abril 1982, Prot. A. 67/832, en Elerbach, ob. cit., p. 39, nota 181

⁷³ Véase: M. Cabreros de Anta, Comentario al can. 1680, en “Comentarios al Código de Derecho Canónico” de 1917, por Profesores de la Universidad Pontificia de Salamanca, III, Salamanca, 1964, pp. 416 ss.; J.L. Acebal, *Nulidad.....*, ob. cit., pp. 289 ss.; E. Ghidotti, ob. cit., pp. 103 ss.; O. Robleda, *La nulidad del acti jurídico*, Comillas, 1947, pp. 122 ss.; Idem, *Criteria nullitatis sententiae iudicialis*, en “Periodica”, 1967, pp. 23 ss.

⁷⁴ Decreto coram Pinto, de 11 octubre 1076, en “Monitor Ecclesiasticus”, 1978, pp. 8 ss.; sent. coram Pinto, de 23 febrero 1976, en “Ephemerides Iuris Canonici”, 1977, pp. 293 ss.; sent. coram Brenan, de 28 febrero 1955, en SRRD, vol. 47, dec. 45.

⁷⁵ Véase: J.L. Acebal, *Nulidad.....*, ob. cit., pp. 297 ss.; G. Erlebach, ob. cit., pp. 140 ss.

exclusivamente si: (.....)”, termino expresivo de la taxatividad que no figuraba en el can. 1620, sobre nulidad insanable. Por lo tanto, cabe la ampliación de los motivos de nulidad insanable y así viene sucediendo, por un lado en el desarrollo de los supuestos de violación del derecho natural de defensa, y por otro, siempre que concurre un defecto esencial del acto que motive la nulidad conforme al can 124 (que reproduce el antiguo can. 1680 §1), según el cual “para que un acto jurídico sea válido se requiere que haya sido realizado por una persona capaz y que en el mismo concurren los elementos que constituyen esencialmente ese acto, así como las formalidades y requisitos impuestos por el derecho para la validez del acto”.

Otro punto que la doctrina y la jurisprudencia ha ido elaborando, dentro del derecho de defensa, es la concreción de los supuestos de nulidad que afectan a las manifestaciones de tal derecho, tal como recoge Jacobs: Fuero competente, demanda, primera citación (emplazamiento), litiscontestación, audiencia de las partes, práctica de pruebas, publicación de las actas, conclusión de la causa, discusión, sentencia, apelación, asistencia de abogado, asistencia de curador⁷⁶.

La nulidad de los actos procesales, incluida la sentencia, es recogida por el nuevo Código que se inspira en el principio de conservación del acto, del que es una manifestación el favor sanationis. En esta perspectiva, se ha suprimido el can. 1680 §2 del CIC 17, a cuyo tenor “la nulidad de un acto no lleva consigo la de los actos que le preceden o le siguen y no dependen de él” y, por otra parte, se introduce el importante can. 1619, enteramente nuevo, sobre nulidad de los actos procesales, que se propone prevenir, o al menos limitar, las nulidades derivadas, sanándolas mediante la sentencia, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas por la ley, o sea, que la nulidad provenga del Derecho positivo, no del Derecho natural, que haya sido conocida por la parte que promueve la nulidad (querellante) en el curso del proceso pero no denunciada antes de que se distase sentencia y, finalmente, que se refiera a causas que afectan al bien privado, tal como dispone el citado canon 1619, cuyo texto dice: “Siempre que se trate de una causa que se refiera al bien de las personas privadas, quedan sanadas por la sentencia las nulidades de los actos establecidos por el derecho positivo que, siendo conocidas por la parte que propone la querella, no hayan sido denunciados al juez antes de la sentencia, quedando en pie lo que prescriben los cans. 1622 y 1623”⁷⁷.

De este precepto se deduce que todas las nulidades de la sentencia derivadas de un acto procesal nulo por derecho natural, parece que podrían reconducirse a alguno de los supuestos de insanabilidad enumerados por el can. 1620, pues todos ellos

⁷⁶ Véase A. Jacobs, ob. cit., pp. 264-430

⁷⁷ Véase: G. Erlebach, ob. cit., pp. 92 ss.

se caracteriza por contener elementos esenciales de todo acto jurídico. Contrario sensu, las nulidades derivadas de un acto procesal nulo por derecho positivo subsistirán en las causas en que está en juego el bien público, como son las relativas al matrimonio, y en los casos previstos en el can. 1625, 5º, que dispone la nulidad subsanable de la sentencia, si se basa en un acto judicial afectado de una nulidad que no haya quedado subsanada a tenor del can. 1619. En efecto, todos los actos nulos por derecho positivo, de los que podría derivar la nulidad de la sentencia, quedan sanados por la misma, según dispone este canon, cuando se trata de causas de bien privado solamente, pero no si son causas de bien público⁷⁸

La declaración judicial de nulidad de la sentencia cuenta con un específico medio de impugnación que es la querela nullitatis, peculiar del ordenamiento canónico, y cuyo aspecto procesal se regula sucintamente por los cans. 1621 y 1623 a 1627. Su origen se remonta hacia el siglo XII en el derecho estatutario por el mutuo influjo entre el derecho germánico y el romano común de Italia. Hacia el siglo XIII fue recibida por la doctrina canónica medieval y añadida, como remedio caracterizado por el gravamen, a otros medios de impugnación como la apelación y la restitutio in integrum. Así que se admitió una acción de nulidad ante el mismo juez que había dictado la sentencia impugnada y diferente de la apelación, que se dirige al juez superior. En efecto, las Decretales (I,38,4; II,6,1) admitieron que una acción de nulidad puede ser interpuesta contra una sentencia al margen de toda apelación y Clemente V en el concilio de Vienne (1311) habla de la acción de nulidad como de una vía de recurso extraordinario contra una sentencia. Posteriormente la querella de nulidad entró formalmente en el ordenamiento canónico por el “Reglamento legislativo y judicial” de Gregorio XVI para los asuntos civiles, de 10 de Noviembre de 1834 (§ 1101) y a principios del siglo XX se integra en la normativa de los Tribunales apostólicos y después en el CIC1917, de donde pasó al vigente⁷⁹. La subsistencia de este recurso se debe a la necesidad sentida en el Derecho de la Iglesia de instituir un remedio específico, que por una parte no perturbara el trámite propio de apelación y por otra cumpliera la finalidad que poner remedio a la nulidad de las sentencias y de los actos procesales con una impugnación adecuada que, a la vez, no tenga efecto devolutivo al ser resuelto por el mismo juez, sin perjuicio de las garantías de recusación y de recursos

⁷⁸ J.L. Acebal, *Comentario al can. 1619*, en “Código de Derecho Canónico”, anotado por Profesores de la Univesidad Pontificia de Salamanca.

⁷⁹ Véase: R. Naz, *Querela nullitatis*, en “Dictionaire de Droit Canonique”, ob. cit., Tomo VII, col. 428; O. Robleda, *De nullitate sententiae iudicialis. Retractus ius canonicum circa querelam contra sententia*, en “Periodica”, 1974, p. 10; A. Stankiewicz, *Comentario al can. 1621*, en “Comentarios exegeticos al Código de Derecho Canónico, vol. IV/2, Pamplona, 1996, p. 1627; J. Goti, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid, 2001, p. 392; Calamandrei, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile, 1951, p. 127

Centrándonos exclusivamente en el CIC83 comenzaremos aclarando que la nulidad de la sentencia puede proceder de vicios de la propia sentencia o de vicios de actos procesales precedentes que determinan la sentencia. Cuando aquellos actos se producen en una causa que se refiera al bien de las personas privadas (no es el caso de las causas matrimoniales) y que sean nulos por derecho positivo, no siendo conocidas ni denunciadas por la parte antes de la sentencia, quedan sanados por la misma sentencia, quedando en pie lo que prescriben los cans. 1622 y 1623. Pero, si alguna de las partes conoce esos vicios antes de la sentencia puede denunciarlos al juez interponiendo querella de nulidad como excepción por la vía de los incidentes, pues se trata de un asunto que “normalmente debe ser resuelto ante que la cuestión principal” (can. 1587)⁸⁰; también puede aplazarse la denuncia en espera de que se dicte la sentencia con el fin de impugnar ésta mediante la querella de nulidad, siempre que el acto procesal nulo no hubiera sido sanado por las partes de común acuerdo, ni simplemente por renuncia a impugnar la nulidad, ni por el cumplimiento del fin objetivo del acto, ni por el transcurso del tiempo, ni por la sentencia. (can. 1619 en relación con el can. 1620, num. 5º). Un decreto rotal coram Bruno de 21 julio 1995, declara que no puede admitirse la sanación por el mero silencio de la parte⁸¹ y, como advierte Torres-Dulce, el can. 1619 tendrá aplicación procesal sólo en el caso de que se haya interpuesto querella contra sentencia sanable⁸².

Si se trata de una causa de interés público, como es la causa de nulidad matrimonial, no quedan sanadas por la sentencia las nulidades de los actos establecidas por el Derecho y, en consecuencia, en esta clase de causas la sentencia que depende de esos actos nulos es siempre sanablemente nula a tenor del can. 1622, ⁵⁸³

Examinada la nulidad del acto jurídico que determina la sentencia hay que considerar ahora, como objeto de la querella, la nulidad de la sentencia, bien por defecto propio de ella o derivada de la nulidad de actos procesales que la determinan. Y para comenzar hay que destacar la diversidad de régimen que se establece en los cans.1621 y 1622, el primero referido a las causas de nulidad insanable y el segundo a las de nulidad sanable, elencadas respectivamente por los cans. 1620 y 1623. Según el can. 1621 “la querella de nulidad a la que se refiere el c. 1620 puede proponerse perpetuamente como excepción; y como acción en el plazo de diez años, desde la fecha de la sentencia, ante el juez que la dictó”. Los motivos de nulidad

⁸⁰ G. Erlebach, *La nullità dell'atto giuridico processuale ed i mezzi d'impugnazioni*, en “Quaderni Studi Rotali”, 2002, p. 104

⁸¹ Citado por el Decreto rotal *coram* Stankiewicz de 29 noviembre 1995, en “Quaderni Studi Rotali”, IX, p. 87

⁸² M.A. Torres-Dulce, *La subsanación de la nulidad procesal canónica*, en “Excerpta e dissertationibus in iure canonico”. VI(1988), p. 559.

⁸³ J.J. García Failde, ob. cit., p. 236

insanable que enumera el can 1620 son ocho: sentencia dictada por juez absolutamente incompetente; carencia de potestad de juzgar en quien la dictó; pronunciada por juez coaccionado por violencia o miedo grave; no hay petición judicial en la demanda o no se dirigió contra algún demandado; una de las partes era incapaz de obrar en juicio; falta de mandato legítimo en el que se personó en nombre de una parte; denegación del derecho de defensa; la sentencia no dirimió la contienda, ni siquiera parcialmente.

Pues bien, cualquiera de estos motivos de nulidad insanable puede alegarse perpetuamente como excepción en vista de que dicho tipo de nulidad se fundas en motivos de Derecho natural o muy graves. Ha de tenerse en cuenta que excepción no significa aquí oposición a la acción para detenerla o extinguirla, sino ejercicio de la impugnación procesal de nulidad con carácter de perpetuidad, que es la nota propia de las excepciones en Derecho canónico, conforme dispone el can.1492. Puede interponerse la querella en cualquier instancia y ante el juez propio de ella, en el procedimiento incidental o en la fase de ejecución de sentencia. El trámite será el propio de los incidentes, regulado por los cans. 1587 a 1591⁸⁴. Si la querella se propone en forma de acción dispone la parte de un plazo de diez años.

Cuando la querella pretende la nulidad de una sentencia sanable solamente puede proponerse en el plazo de tres meses a partir de la publicación de la sentencia (can. 1623). La reducción del plazo, respecto de la impugnación del otro tipo de sentencias insanables, se justifica por la naturaleza de las causas de nulidad sanable, que son todas de derecho positivo y que no conviene que sigan afectando a la sentencia durante mucho tiempo prolongando situaciones de facto amenazadas de nulidad. Los vicios sanables de la sentencia son, conforme al can. 1622, los seis siguientes: Número no legítimo de jueces, carencia de motivación, carencias de firmas prescritas, no constancia de lugar y data, está basada en acto judicial afectado de nulidad que no haya sido subsanada, sentencia dada contra parte legítimamente ausente.

La querella de nulidad puede tramitarse siguiendo , como dispone el can. 1627, las normas del proceso contencioso oral (cans. 1656 a 1670), en el que predomina, además de la oralidad, la intermediación y concentración de actuaciones, constituyendo un proceso rápido y ágil apropiado para el trámite de la querella de nulidad. No obstante, el can. 1627, citado, no impone este tipo de proceso, sino que lo deja a libre determinación de la parte querellante, que podrá elegir los trámites del proceso contencioso ordinario. También podrá instarlo la otra parte, o el promotor de jus-

⁸⁴ Véase: G. Erlebach, *La nullità del atto giuridico.....*, ob. cit., p. 107

ticia o el defensor del vínculo (cans. 1656 y 1693).

Pero, conforme al can. 1625, el querellante podrá optar, en lugar de interponer una querella autónoma o independiente, por acumularla al recurso de apelación si hay razones para ésta y en tal caso, al predominar el régimen propio de ésta, habrá que respetar el plazo perentorio de quince días desde que tuvo noticia de la publicación de la sentencia y proseguirse ante el juez ad quem en el plazo de un mes desde la interposición. En este caso, el juez será el del grado superior, propio de la apelación, que habrá de conocer en primer término de la querella de nulidad conforme a los trámites propios de ésta y ello por razones de economía procesal⁸⁵. Si el tribunal de apelación declarara nula la sentencia no entrará en el fondo del asunto y devolverá los autos al Tribunal que la dictó para que reproduzca el proceso o el acto que fuere independiente de los otros o, en otro caso, dicte nueva sentencia⁸⁶; y si rechaza la declaración de nulidad, proseguirá el trámite de la apelación suspendida. En ambos casos, deberá esperar el juez ad quem a la resolución de los posibles recursos que se hubieren interpuesto contra la sentencia dictada en la resolución de la querella, o en el proceso principal⁸⁷. Y, en todo caso ha de tenerse en cuenta que la resolución decisoria de la querella de nulidad de la sentencia definitiva, siendo también ella definitiva, es apelable por la parte que se considera gravada por la decisión, según las reglas del proceso contencioso ordinario, siempre que no esté comprendida en alguno de los supuestos a que se refiere el can. 1629⁸⁸. En la Rota Española, la competencia se determina por el art. 37 de sus Normas orgánicas y procesales, citadas anteriormente, y la querella de nulidad se propone a tenor de los cánones 1621, 1623 y 1625 (art. 39 de dichas Normas).

Dada la similitud entre los recursos de apelación y el de nueva proposición de la causa o revisión que regulan los cans. 1643 y 1644, no sería desacertado admitir la acumulación de la querella de nulidad con este recurso, que solamente procede en causas acerca del estado de las personas⁸⁹.

Juez competente para conocer de la querella de nulidad, en los dos supuestos de sentencia sanable e insanable, es el mismo que dictó la sentencia, como establece el can. 1624, y la razón de esta horizontalidad en la secuencia procesal es que la que-

⁸⁵ Véase: J.M. Serrano Ruíz, *La querela di nullità contro la sentenza. (Commento ai cc. 1619-1627)*, en AA.VV, "Il processo matrimoniale canonico", Città del Vaticano, 1994, p. 757

⁸⁶ El Tribunal que, en presencia de una querella de nulidad, procede a ratificar la sentencia de primer grado sin decidir sobre la querella de nulidad propuesta, viola el derecho de defensa del apelante" (Decreto *coram* Lanversin de 5 junio 1996, en "Il Diritto Ecclesistico", 1997, II parte, pp. 28 ss.

⁸⁷ J.J. García Failde, ob. cit., pp. 255 ss.

⁸⁸ Decreto *coram* Erlebach, en "Ius Ecclesiae", XIV-III(2002), pp. 681 ss.

⁸⁹ Véase el Decreto *coram* Bruno de 15 julio 1993 que admitió la acumulación de la querella de nulidad y la nueva proposición de la causa, tramitándose el incidente de nulidad *per memorialia* ante

rella de nulidad, que viene a funcionar como un recurso de reposición, no comporta por su naturaleza un salto de grado en la jurisdicción⁹⁰. El mismo canon establece también la posibilidad de que la parte querellante pueda plantear una excepción de sospecha respecto de dicho juez si tuviera prejuicios respecto de él y el expresado canon le autoriza a recusarlo conforme a las normas que establece los cans. 1499 a 1451 y si no se abstiene conocerá del incidente el Vicario Judicial, oyendo a las partes y al defensor del vínculo. Admitida la recusación, deben cambiarse las personas, pero no los grados del juicio. La Rota Romana tiene facultades para conocer, al amparo del can. 1444, en segunda y tercera o posterior instancia en virtud recurso legítimo las causas vistas en primera o segunda instancia por tribunales ordinarios o por la misma Rota. Y en virtud de las facultades que se conceden por el art. 52 de las normas propias de dicho tribunal, quedando a salvo las prescripciones del can. 1444 §2, corresponde al Decano, oídos los dos auditores más antiguos, avocar para su tribunal desde la primera instancia las causas a que se refiere el §1 del mismo canon, siempre que concurran circunstancias particulares, ya de lugares, ya de personas, que aconsejen dicha avocación con motivo del bien de las almas. Por rescripto del Cardenal Secretario de Estado, de fecha 20 de mayo de 1997, se dispuso que la avocación debía ser solicitada por el Turno Rotal⁹¹.

En cuanto a la legitimación activa dispone el can. 1626 que pueden interponer querella de nulidad no solo las partes que se consideren perjudicadas, sino también el promotor de justicia o el defensor del vínculo, cuando éstos tiene derecho a intervenir. Dispone el mismo can. 1626 §2 que el mismo juez puede revocar o enmendar (no subsanar) de oficio en el plazo de tres meses que señala el can. 1623 la sentencia nula que dictó, a no ser que, entretanto, se haya interpuesto apelación, junto con la querella de nulidad, o que la nulidad haya quedado subsanada por caducidad del plazo antes expresado. Esta actuación del juez se considera como tipo de impugnación autónoma, distinta de la querela nullitatis⁹². No puede hacer lo mismo respecto de actos procesales, como señala Stankiewicz⁹³, y la razón debe ser la letra de la norma, que solamente se refiere a querella de nulidad contra la sentencia. El tribunal de apelación puede promover de oficio la nulidad de la sentencia de primer

la misma Rota, es decir, mediante exposición por las partes en escritos breves o memorialia de las razones que alegan en defensa de sus respectivas pretensiones, en “*Ius Ecclesiae*”, 1996-2, pp. 566, con comentario de F. Hector Franceschi. Sobre el trámite *per memorialia*, véase: J. Llobell, I decreti “*per memorialia*” e altre questioni, en “*Quaderni dello Studio Rotale*”, X, pp. 41 ss.

⁹⁰ J.M. Serrano, *La querela di nullità.....*, ob. cit., p. 755

⁹¹ Véase: G. Erlebach, *L'attuale disciplina dell'avvocato decanale*, en “*Quaderni dello Studio Rotale*”, IX, pp. 52 ss.

⁹² J.J. García Failde, ob. cit., pp. 251-152

⁹³ A. Stankiewicz, *Comentario al can. 1626*, en “*Comentarios exegéticos....*”, ob. cit.

grado, pero –ya que la nulidad es res odiosa- no puede ser pronunciada sin el previo trámite de una cuestión incidental o previa. No sólo esto, sino que la nulidad ha de ser pronunciada por el tribunal y no solamente por su presidente⁹⁴.

⁹⁴ Decreto *coram* Funghini de 24 julio 1996, en “Il Diritto Ecclesastico”, 1997, II parte, pp. 222 ss.

